

على مذهب الإمام الشافعي
رحمه الله تعالى

الجزء السابع
في المعاملات

الشفعة، المساقاة، العارية، الشركة، المضاربة، الوديعة
اللقطة، الرهن، الكفالة، الوكالة، الإكراه، الغصب

تأليف

الدكتور مصطفى الخن
الدكتور مصطفى البغا

علي الشربجي

دار القلم
دمشق

الطبعة الثانية

١٤١٣هـ - ١٩٩٢م

دار القلم
للطباعة والنشر والتوزيع

دمشق - حلبوني - ص.ب : ٤٥٢٣ - هاتف : ٢٢٩١٧٧

بيروت - ص.ب : ١١٣/٦٥٠١


الفقه المنهجي
على مذهب الإمام الشافعي
رحمه الله تعالى



بسم الله الرحمن الرحيم

المقدّمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومَن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد، فهذا الجزء السابع من كتابنا (الفقه المنهجي) نقدمه لطلاب العلم وروّاد الفقه في دين الله عزّ وجل، ولكل مَن أراد أن تستقيم معاملته في الدنيا ليكون ناجياً يوم القيامة، بيّنّا فيه أحكام المعاملات التي تكثر في حياة الناس، والتي كثيراً ما يؤدي الجهل في أحكامها إلى نزاعات وخلافات، تجرّ إلى دُور القضاء، وربما كان ذلك في كثيرٍ من الأحيان سبباً لإراقة الدماء أو ضياع الحقوق. فتناولنا في هذا الجزء المواضيع التالية:

١ ـ الشفعة.
٢ ـ المساقاة وما يلحق بها من المزارعة ونحوها.
٣ ـ العاريّة.
٤ ـ الشركة.
٥ ـ المضاربة [القراض].
٦ ـ الوديعة.
٧ ـ اللقطة.
٨ ـ الرهن.
٩ ـ الكفالة والضمان.
١٠ ـ الوكالة.
١١ ـ الإكراه.
١٢ ـ الغصب.

وكانت طريقتنا في بحث هذه الموضوعات كما اعتدنا في الأجزاء السابقة، من بسط الحكم وبيان دليله وتعليله، من غير تعقيد ولا مناقشات لفظية، مع كثرة التقسيمات وتعداد الفقرات، كي لا تتداخل الأحكام بعضها في بعض.

ومعلوم أن سلسلتنا هذه في فقه الإمام الشافعي رحمه الله تعالى، ولما كانت المعاملات متشعبة الوجوه، فقد يضيق حكم المذهب بتصرفات الناس أحياناً، وهي أحيان قليلة، ولذا فقد أشرنا في بعض المواضع إلى رأي المذاهب الأخرى تسهيلًا وتيسيراً، لا إعراضاً عن حكم المذهب ولا نقداً أو تضعيفاً.

والله تعالى نسأل أن يمنّ بالقبول، ويجزل الأجر والمثوبة، ويجعل ذلك حسنة في سجل أعمالنا، وأعمال والدِينا ومعلِّمينا، إنه أكرم مسؤول.

المؤلفون

البَابُ الأوّل

الشُفعَة



الشفعة

تعريفها:

الشفعة ـ بضم الشين وسكون الفاء ـ هي في اللغة: من الشفع بمعنى الضم.

وفي اصطلاح الفقهاء: حقّ تملّك قهري، يثبت للشريك القديم على الحادث، فيما ملك بعِوَض، بما ملك به، لدفع الضرر.

فالشفعة حق أثبته الشرع، يتملّك به الشريك الأول ما باعه شريكه لغيره، كما إذا كان اثنان شريكين في دار، فباع أحدهما حصته لغير شريكه، فلشريكه الحق أن يأخذ هذه الحصة من المشتري ـ الذي صار شريكاً جديداً له ـ بغير رضاه، بمثل الثمن الذي دفعه. وهذا خلاف الأصل الثابت في التملّك شرعاً: أن يكون برضا المالك.

وسمي هذا الحق شفعة لأن الشريك يضم به نصيب شريكه إلى نصيبه.

مشروعيتها:

الشفعة جائزة ومشروعة، دلّ على مشروعيتها أحاديث كثيرة، منها:

ما رواه جابر بن عبد الله الأنصاري رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يُقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. (أخرجه البخاري: أول كتاب الشفعة، باب: الشفعة في ما لم يقسم. . ، رقم: ٢١٣٨. ومسلم: المساقاة، باب: الشفعة، رقم: ١٦٠٨).

[ومعنى وقعت الحدود. . : صارت الأرض مقسومة وحدِّدت الأقسام. صرفت الطرق: ميِّزت وبيِّنت].

وسيأتي خلال البحث أحاديث في هذا المعنى.

وما دلّ عليه الحديث أجمع على العمل به علماء المسلمين في كل عصر.

حكمة المشروعية:

إن التشريع الإسلامي يهدف إلى تحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم، والمرء قد يكون على وفاق وتعاون مع مَن كان يشاركه في دار أو أرض، وقد يحتاج أحد الشريكين إلى بيع نصيبه ويكون في ذلك تحقيق مصلحته، فلا يحول الشرع بينه وبين ذلك، وإنما يحوط تصرّفه وتحقيق نفعه بما لا يضرّ بشريكه، وإنما يصون مصلحته أيضاً ويحميه من الضرر الذي قد يلحق به، من جراء البيع إلى أجنبي عن الشركاء، فقد يبادر هذا الشريك الجديد إلى طلب القسمة، أو يكون منه سوء خلق ومعاملة، فيضطرهم إلى ذلك أو طلبه، فينال شركاءه بذلك ضرر إحداث مرافق جديدة ونحو ذلك، ويكلفهم أعباء القسمة ونفقتها، فيحلّ محل الوئام الشقاق والنزاع بين الجيران، وتفوت المصالح ويكثر الضرر بين الأنام.

ولذا وجّه شرع الله عزّ وجل هذا الراغب ببيع نصيبه أن يعرض هذا أولاً على شركائه، فإن رغبوا بشرائه كانوا هم أولى وأحقّ، فإن لم يرغبوا بذلك كان له الحق أن يبيعه لمن يشاء.

فعن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «مَن كان له شريك في رَبْعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذِن شريكه، فإن رضي أخذ وإن كره ترك». (أخرجه مسلم في المساقاة، باب: الشفعة، رقم: ١٦٠٨).

وعن عمرو بن الشريد رضي الله عنه قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص ـ رضي الله عنه ـ فجاء المسور بن مخرمة ـ رضي الله عنه ـ فوضع يده على إحدى منكبيّ، إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ ـ رضي الله عنه ـ فقال: يا سعد، ابتع مني بيتيَّ في دارك، فقال سعد: والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجّمة، أو مقطّعة.

فقال أبو رافع: لقد أُعْطِيت بها خمسمائة دينار، ولولا أني سمعت النبي ﷺ يقول: «الجار أحقّ بسقبه» ما أعطيتكها بأربعة آلاف، وأنا أُعْطى بها خمسمائة دينار. فأعطاها إياه. (البخاري: الشفعة، باب: عرض الشفعة على صاحبها قبل البيع، رقم: ٢١٣٩).

[منجمة: مؤجّلة ومفرقة تعطى جزءاً بعد جزء. أربعة آلاف: أي درهم، وكانت تساوي أربعمائة دينار. بسقبه: ما قرب من داره].

وهكذا نجد رسول الله ﷺ يرسم الطريق واضحاً لحفظ الودّ والوئام بين الناس، ويوجّه إلى أمثل خلق في التعامل، ونجد أصحابه ـ رضوان الله تعالى عليهم أجمعين ـ يلتزمون هديه فلا يحيدون عنه، ولو كان في ذلك خسارة مادية ظاهرة، فيأبون إلا أن يقولوا: سمعنا وأطعنا.

فإذا ما خالف المرء ما وُجِّه إليه، ولم ينظر في مصلحة غيره ولم يبادر إلى استشارة شركائه، فباع إلى أجنبي عنهم، بادر الشرع لدفع ما قد يكون من خطر وما قد يقع من ضرر، فانتقل من التوجيه إلى التشريع، فجعل الحق لهؤلاء الشركاء: أن يتملكوا حصة شريكهم رغماً عن المالك الجديد لها، بمثل ما قامت عليه من ثمن. وبهذا تحقّق مصالح الجميع، وتلبّى حاجات الناس، ويندفع الضرر عنهم، وتتلاشى أسباب البغضاء والشحناء، ويكون المسلمون مثل الجسد الواحد في الوئام والوفاق، وكالبنيان في التماسك والتعاون والإحسان.

أركان الشفعة:

للشفعة أركان نبيِّنها فيما يلي:

١ ـ الشفيع (أي الذي له حق الشفعة):

علمنا من حكمة التشريع أن الشفعة شرعت لدفع الضرر المتوقع، وهذا المعنى قد يكون في الشريك، وقد يكون في غيره كالجار الملاصق مثلاً، ولكن الشرع خصّه في الشريك الذي لم يقاسم، وهو الذي يشترك مع غيره في الأصل وملحقاته، كأن يكون شريكاً في الدار ـ مثلاً ـ ومرافقها وطريقها، أو في الأرض وحق شربها وحظائرها ونحو ذلك، كما صرّح به الحديث: «في كل ما لم يقسم». وصاحب الحق هذا يسمى: **الشفيع**.

فإذا قسمت الدار أو الأرض، وأصبح كل من الشركاء مستقلاً بنصيبه، فباع أحدهم ما يملكه لأجنبي، أي غير واحد من الشركاء السابقين، فليس لهم أن يأخذوا هذا النصيب بحق الشفعة، حتى ولو كانت المرافق - كالممر وحق الشرب ونحو ذلك - مشتركة، لما جاء في الحديث: «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة». وهؤلاء المستقلون بحصصهم، والمشتركون بالمرافق، يسمى كل منهم بالشريك المخالط.

وإذا لم تثبت الشفعة للشريك المخالط فلا تثبت للجار الملاصق وغيره من باب أولى. ولم تثبت الشفعة لغير الشريك الذي لم يقاسم - مع أن المعنى الذي شرعت من أجله، وهو دفع الضرر المتوقع، قد يوجد في غيره - لأنها شرعت كما علمت على خلاف الأصل، إذ الأصل أن لا يتملّك أحد شيئاً قهراً عمّن ملكه، وقد علمت أن الشفيع يتملّك الحصة قهراً عن المشتري الذي ملكها بالشراء من الشريك القديم الشفيع.

والمراد بالأصل هنا: المعنى الذي يراعيه التشريع في غالب أحكامه، وهو الذي يسمّيه العلماء: علة الحكم، وقد يطلقون عليه كلمة: القياس.

والقاعدة في التشريع الإسلامي: أن كل ما ثبت على خلاف الأصل يقتصر فيه على ما ورد بالنص، ولا يلحق به غيره. وقد يعبِّرون عن هذا بقولهم: ما ثبت على خلاف القياس فغيره عليه لا يقاس. وقد ورد النص الصحيح الصريح هنا بثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم، فلا يلحق به غيره من شريك مقاسم أو جار ولا يقاس عليه. وما جاء من قوله ﷺ: «الجار أحقّ بسقبه» ليس صريحاً في ثبوت حق الشفعة، إنما هو من باب الحثّ على تحصيل النفع للجار وأنه أولى بالإحسان من غيره. على أن كلمة الجار عامة في اللغة، فتشمل الشريك وغيره، والأولى تفسيرها في الحديث بالشريك الذي ذكرناه، لأن أبا رافع رضي الله عنه أورده بهذا المعنى حين طلب من شريكه أن يشتري بيتيه - أي غرفتيه - اللتين في داره، وواضح أن الدار لم تكن مقسومة، والله تعالى أعلم.

تزاحم الشفعاء:

علمنا أن الشفيع هو الشريك، فقد يكون للشريك البائع حصته أكثر من شريك، فيكون أصحاب الحق في الشفعة متعدِّدين، وقد تكون حصصهم متساوية ـ كما لو كانوا يملكون الدار المبيعة أثلاثاً مثلاً ـ وقد تكون متفاوتة، كما لو كان أحدهم يملك الربع والثاني الربع والثالث النصف مثلاً، فإذا باع أحدهم حصته، وليكن صاحب الربع مثلاً، وأراد شركاؤه جميعاً أخذ نصيبه بالشفعة، فهل يأخذونه بالسويّة حسب عددهم، أم أن كلًّا منهم يأخذ بنسبة حصته؟

والجواب: أن كلًّا منهم يأخذ بنسبة حصته، فمَن كان له الربع يأخذ ثلث الحصة، ومَن كان له النصف يأخذ ثلثيها، لأن سبب الاستحقاق هو الملك، وهم متفاوتون فيه، فيتفاوتون في الاستحقاق.

تجزئة الشفعة:

حقّ الشفعة من الأمور التي لا تتجزأ، فالشفيع: إما أن يأخذ نصيب شريكه المباع جميعه، وإما أن يتركه.

فإذا كان هناك أكثر من شفيع ـ كما سبق ـ ولم يرد بعضهم الأخذ بالشفعة، وأسقط حقه: فالأصح أن باقي الشفعاء ـ أو الشفيع الآخر ـ يخيَّر بين أخذ الجميع أو ترك الجميع، كما لو كان شفيع واحد، وليس لمَن لم يسقط حقه أن يأخذ بقدر حصته. وذلك لكي لا تفرّق الصفقة وتبعَّض على المشتري، فيناله بذلك ضرر، لأن مصلحته قد تكون في الجميع، ولا يتحقق غرضه في البعض.

غيبة بعض الشفعاء:

إذا كان أحد الشفعاء أو بعضهم غائباً كان للحاضرين طلب الشفعة والأخذ بها، وتقسم بينهم على قدر حصصهم كما علمنا، لأن الغائب في حكم مَن أسقط حقه، فلم يبق للحاضرين مُزاحم، فلهم أن يأخذوا الكل، وليس لهم الاقتصار على قدر حصصهم كما علمنا، إذ من المحتمل أن لا يأخذ الغائب حصته إذا حضر، فتتفرق الصفقة على المشتري:

فإذا أخذ الحاضرون الكل ثم حضر الغائب، كان له الحق أن يطالب بنصيبه، وقاسم الشركاء فيما أخذوا بنسبة ما كان يملك.

والأصح: أن لمن حضر من الشفعاء أن يؤخّر الأخذ بالشفعة حتى يحضر الغائب، وذلك لأنه قد يكون له غرض ظاهر في هذا، فقد يكون غير قادر على أخذ الجميع، أو لا يرغب أن يأخذ ما قد يؤخذ منه إذا حضر الغائب.

٢ ـ المشفوع عليه:

وهو الذي انتقل إليه ملك نصيب الشريك القديم، والذي هو محل الشفعة.

ويشترط أن يكون انتقل المِلْك إليه بعوض: وقد يكون هذا العوض مالاً، كما إذا انتقل المِلْـك إليه بالشراء، أو بالصلح عن جناية موجبة للمال، كما إذا صالحه من الدية التي ثبتت عليه على نصف العقار الذي يملكه، فلشريك المصالِح أن يأخذ هذا الشِّقص بالشفعة.

وقد يكون العوض غير مال، كما إذا جعل نصيبه من العقار مهراً، أو جعلته بدل الخُلْع، ونحو ذلك، فللشريك أيضاً أخذ هذا النصيب ممّن انتقل إليه بالشفعة. وذلك لأنه مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع.

ويأخذ الشفيع هذا الشقص بالثمن الذي ملك به إذا كانا مثلياً، وبقيمته يوم البيع إن كان قيمياً كثوب مثلاً، وبمهر المثل في النكاح والخلع يوم النكاح ويوم الخلع، سواء أنقص عن قيمة النصيب أو زاد.

فإذا انتقل المِلْك إلى الشريك الجديد بغير عوض لم يكن للشريك القديم أن يأخذ الشقص بالشفعة. وذلك كما إذا انتقل المِلْك إليه بهبة بغير عوض، أو صدقة، أو وصية، أو انتقل إليه بواسطة الإرث، ونحو ذلك.

٣ ـ المشفوع فيه:

وهو الشيء الذي يريد الشفيع أن يتملكه بالشفعة.

ويشترط فيه أن يكون غير منقول، كالدُّور والأراضي ونحوها، ولا تثبت في المنقول كالحيوان والأمتعة ونحو ذلك.

ودليل هذا:

١ ـ ما رواه جابر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «الشفعة في كل شِرْك: في أرض أو رَبْع أو حائط..». (أخرجه مسلم في المساقاة، باب: الشفعة، رقم: ١٦٠٨).

[شرك: شيء مشترك. ربع: دار. حائط: بستان].

٢ ـ أن الأخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار، فلا يلحق به غيره ولا يُقاس عليه ما ليس في معناه. لأن الشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الجِوار على الدوام، وما ينقل ويحوّل لا يدوم الضرر فيه.

ويلحق بالعقار البناء والشجر إذا بيعا مع الأرض تبعاً للأرض.

ويشترط في العقار ونحوه حتى تثبت فيه الشفعة: أن يكون قابلاً للقسمة. والعقار القابل للقسمة هو الذي إذا قسم كان قسم منه صالحاً لتحقيق المنفعة المقصودة منه، فإذا أبطلت القسمة منفعته كان غير قابل للقسمة، وبالتالي لا يثبت فيه حق الشفعة، وذلك كحمّام صغير وطاحون صغيرة ونحو ذلك.

ودليل ذلك:

أنه ﷺ قضى بالشفعة في كل مالم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. وهذا يدل على أن الشفعة فيما يمكن أن يقسم ما دام لم يقسم.

وكذلك: الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق، وذلك لا يوجد إلا فيما يقبل القسمة.

وقيل: تثبت الشفعة في العقار ونحوه فيما لم يقسم، ولو كان غير قابل للقسمة، لعموم قوله: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم، ولأن الشفعة شُرعت لإزالة ضرر المشاركة، وهذا المعنى في الذي لا يقسم آكد، لأن الضرر فيه يتأبّد عند ذلك.

شروط الأخذ بالشفعة:

علمت أركان الشفعة وما يشترط في كل ركن منها، ونذكر لك الآن بعض الشروط الأخرى التي لا بدّ منها حتى يثبت حق الأخذ بالشفعة، وهي:

١ ـ أن يزول مِلْك الشريك الأول عن المشفوع فيه ويزول حقه فيه، فلو باع الشريك حصته لغير شريكه، وشرط لنفسه الخيار، فلا تثبت الشفعة مدة الخيار، وكذلك لو شرط الخيار للبائع والمشتري، لأن المبيع لم يخرج من مِلْك البائع في هذه المدة، فإذا انتهت المدة ولم يختر فسخ البيع فقد تمّ البيع وثبتت الشُفعة.

أما لو شرط الخيار للمشتري وحده فإن الشفيع له أن يأخذ الشقص بالشفعة فور عقد البيع، لأن البيع قد خرج من مِلْك الشريك الأول بمجرد العقد وعدم شرط الخيار لنفسه.

وكذلك لا يثبت الأخذ بالشفعة إذا تبين فساد عقد التمليك وبطلانه، لأن مِلْك البائع أيضاً لم يزل عن البيع.

٢ ـ أن يكون الشفيع مالكاً لما يشفع به عند عقد تمليك الشريك الجديد، وأن يستمر مِلْكه ذلك إلى أن يقضى له بالشُفعة على الأصح.

فلو أخرج الشفيع الشقص عن مِلْكه، ببيعٍ أو هبة أو نحو ذلك، قبل أن يقضى له بالشفعة، بطل حقه، سواء أكان عالماً بهذا أم جاهلاً، وسواء أطالب بالشُفعة أم لم يطالب، لزوال سبب الأخذ بالشُفعة وهو الشركة.

وفي هذه الحالة لو طالب الشريك الجديد ـ وهو المتملّك من الشفيع ـ أن يأخذ هو بالشُفعة ما كان للشفيع أن يأخذه، فليس له ذلك، لأنه لم يكن مالكاً لما يشفع به عند عقد التمليك الأول.

ويستثنى من هذا: ما إذا مات الشفيع قبل القضاء له بالشُفعة، فإن لوارثه أن يأخذ بها، مع أنه لم يكن مالكاً لما يشفع به عند البيعِ ونحوه، لأن الشُفعة من الحقوق التي تورث. وسواء أكان ذلك قبل طلب المورِّث الشفيع للشُفعة أم بعدها.

٣ ـ أن لا يظهر من الشفيع ما يدلّ على إعراضه عن الأخذ بالشُفعة، وذلك بأن يعلن رضاه بتمليك الشريك الجديد، أو يكون منه ما يدل على عدم رغبته بالشُفعة من قول أو فعل أو سكوت، كأن يحصل عقد البيع أمامه، فيقوم ويغادر المجلس

دون أن يطالب بالشُفعة، أو يبلغه خبر التمليك فلا يطالب بالشُفعة زمناً طويلاً من غير عذر. ففي هذه الحالات ليس له أن يعود ويطالب بالشُفعة.

إلا أن هناك حالات له أن يطالب فيها بالشُفعة رغم ظهور الإعراض منه، وهي:

أ ـ أن لا يُخبر بحقيقة العوض الذي حصل به التمليك، كما لو أخبر أنه مائة ألف مثلاً، فأعرض عن الطلب، ثم تبيّن له بعد ذلك أنه تسعون مثلاً، لأن إعراضه أولاً لم يكن عن رضاً منه، وإنما لارتفاع العوض، فلم يكن إعراضه دليل الرضا بالشريك الجديد.

ب ـ أن يُخبر أنّ المشتري فلان، فلا يطالب بالشُفعة، ثم يتبيّن له أنه غيره، فله أن يطالب بها، لأنه قد يرغب في مشاركة إنسان ولا يرغب بمشاركة آخر، ولهذا لم يطلب أولاً، ولم يكن ذلك بتقصير منه.

جـ ـ أن يُخبر بأن العوض معجَّل، ثم يتبين له أنه مؤجل، فله أن يطالب بالشُفعة ولو ظهر منه إعراض أولاً، إذ قد يقدر على أخذ الشقص بمؤجَّل، ولا يقدر على أخذه بمعجَّل.

د ـ أن لا يُخبر بقدر المبيع حقيقة، كما لو أخبر أنّ المبيع نصف الشقص فتبيّن أنه جميعه، أو أن المبيع الشقص كله فتبين أنه جزء منه، فإذا ظهر منه الإعراض أولاً حقّ له أن يطالب بعد تبيّن الحقيقة، لأنه قد يرغب بتملّك قدر معين ولا يرغب بتملّك قدر غيره.

٤ ـ **أن يبادر الشفيع إلى الطلب بالشُفعة بحسب الإمكان**، وذلك أن حق الشُفعة حق فوري، لأنه ثبت على خلاف القياس كما علمت، فهو حق ضعيف، وقد جاء في الحديث: «الشُفعة كحلّ العقال». (أخرجه ابن ماجه في الشُفعة، باب: طلب الشُفعة، رقم: ٢٥٠٠).

ومعناه: أنها تفوت إن لم يبادر إلى طلبها، كما أن البعير يشرد فوراً إذا حلّ عقاله، أي رباطه، ولذا يجب على الشفيع المبادرة إلى الطلب بها عند علمه بانتقال المِلْك من شريكه إلى غيره حسب العادة وقدر الإمكان، فلو علم

ليلاً كان له تأخير ذلك إلى النهار، وإن كان مريضاً أو غائباً عن البلد فليوكل بذلك أو لِيُشهد على طلبه، فإن قصر فيما هو قادر عليه سقط حقه على الأظهر.

ولا يشترط لثبوت الحق حكم حاكم ولا حضور المشتري ولا رضاه، وإحضار الثمن، وإنما يشترط طلبها بلفظ يدل على الأخذ بها، كتملّكت أو أخذت بالشُفعة.

ويشترط تسليم العوض إلى المشتري، أو رضاه بأن يكون في ذمة الشفيع. وإذا لم يحصل هذا وقضى له القاضي بالشُفعة ملك بها في الأصح.

أحكام الشُفعة:

١ ـ سقوط حق الشُفعة:

علمنا أن حق الشُفعة حق ضعيف، ولذا يتعرض للسقوط بأقل الأسباب، ومن هذه الأسباب ما علم مما مرّ: كالإعراض عن الطلب بها، وكذلك عدم المبادرة إليها، وخروج الشقص عن ملكه قبل الحكم بها، ونحو ذلك.

ومن ذلك أيضاً: **الصلح عن الشُفعة على عِوَض**، كما لو صالح الشفيع المشتري على شيء من مال ليترك له الشقص الذي اشتراه، فإن الصلح باطل، ولا يستحق شيئاً من العوض، وبالتالي سقط حقه في الشفعة.

٢ ـ تصرّف المشتري في المشفوع فيه:

على مَن اشترى شقصاً من عقار أو دار أن يتريث في التصرّف فيما اشتراه، حتى يتبين له موقف الشفيع من حيث المطالبة بالشُفعة أو التنازل عنها، لأن حق الشفيع متقدّم على حقه، واستقرار ملكه فيما اشتراه متوقف على إسقاط الشفيع حقه في الشُفعة.

فإذا تصرف المشتري قبل طلب الشفيع أو تبيُّنِ الحال كان تصرفه صحيحاً ونافذاً، لأنه يتصرّف في ملكه وإن لم يلزم ويستقر. ولكن هل يُبطل تصرُّفُه ذلك حقَّ الشفيع؟

والجواب: أن ذلك لا يبطل حقه، بل للشفيع أن ينقض كل تصرّف لا شُفعة

فيه لو وجد ابتـداءً، كالهبة والوقف والإجارة، وأن يأخذ الشقص بالشُفعة، لأن حقه سابق على هذه التصرفات، فلا يبطل بها.

وأما إذا كان التصرّف الجديد مما تثبت به الشُفعة أيضاً، كالبيع مثلاً ونحوه من التمليك بعوض، كان له الخيار: بين أن يأخذ الشقص بالشُفعة بنـاءً على التصرّف الجديد، وبين أن ينقضه ويأخذ بالحق الثابت له أولاً.

وفائدة هذا التخيير: أن العوض قد يكون في أحدهما أقل أو أيسر في جنسه عليه، فيختار ما فيه مصلحته.

ولو تصرّف المشتري في الشقص تصرفاً يزيد فيه أو ينقص منه:

ـ كما لو زرع الأرض أو غرس فيها أو بنى، كان للشفيع أن يكلِّفه قلع ما فعل وتسوية الأرض، لأنه متعدٍّ في فعله. وله أن يأخذ الغِراس أو البناء بقيمته مقلوعاً.

ـ ولو كان في الأرض بناء أو شجر، فهدم البناء أو قطع الشجر، فللشفيع أخذ الشقص بما يخصّه من الثمن، بعد نقص قيمة البناء أو الشجر يوم العقد، لأنهما ـ وإن كانا تابِعَيْن للأرض ـ صارا مقابلين بشيء من الثمن لأنه قصد إتلافهما.

وكذلك الحال لو تلف بعض الأرض بغرق أو انهيار، فإنه يسقط من الثمن ما يقابل القسم التالف منها، لأنه بعض الأصل.

أما لو تلف البناء أو الشجر بغير صنع أحد: كان للشفيع أن يأخذ الأرض بكل الثمن أو يدعها، ولا يسقط شيء من الثمن، لأن البناء والشجر تابع للأرض، ويدخلان معها في البيع ولو لم يذكر في العقد، فلا يقابلهما شيء من الثمن بخصوصهما.

٣ ـ نقص الثمن على المشتري أو الزيادة فيه:

إذا حطّ البائع بعض الثمن عن المشتري أو زاد فيه، وأراد الشفيع الأخذ بالشُفعة، فهل يستفيد من هذا النقص أو تلزمه تلك الزيادة؟ والجواب:

ـ إذا كانت الزيادة أو النقص بعد لزوم البيع واستقراره، كما إذا كان البيع باتّاً لا خيار فيه، وتفرق العاقدان من المجلس، أو كان ذلك بعد انتهاء مدة الخيار إن

كان مشروطاً، لم يلحق ذلك الشفيع، لأن نقص الثمن في هذه الحال يكون بمثابة هبة من البائع للمشتري، والزيادة فيه بمثابة هبة من المشتري للبائع، ولا صلة لهذا بالثمن لأن العقد قد تمّ قبل ذلك.

ـ وإذا كانت الزيادة أو النقص قبل لزوم البيع واستقراره، كما لو كانت في مجلس العقد وقبل التفرّق، أو كانت في مدة الخيار إن كان مشروطاً، لَحِق ذلك الشفيع، فينحطّ عنه من الثمن ما حطّه البائع، كما يلزمه ما زاد فيه المشتري، لأن ذلك يُعتبر لاحقاً للعقد وجزءاً منه، طالما أنه وقع قبل لزوم العقد واستقراره.

٤ ـ أخذ ما بِيعَ مؤجَّلاً:

إذا باع الشريك نصيبه بثمن إلى أجل، وطلب الشفيع أن يأخذ بالشُفعة، فهل يستفيد من تأجيل الثمن؟ والجواب:

أن الشفيع في هذه الحالة يخيَّر: بين أن يأخذ بالشُفعة في الحال ويعجل الثمن، وبين أن يؤجل الأخذ بالشُفعة إلى حلول الأجل، فإذا حلّ الأجل، دفع الثمن وأخذ المبيع، ولا يسقط حقه بهذا التأخير لأنه معذور به، لأننا لو ألزمناه الأخذ في الحال مع تعجيل الثمن كان في ذلك إضرار به، لأن الأجل غالباً ما يقابل بقسط من الثمن، فما بيعَ مؤجلاً يغلب أن يكون ثمنه أكثر مما بيعَ حالاً. ولو أجزنا له أن يأخذ الشقص المبيع في الحال بالثمن المؤجل كان في ذلك إضرار بالمشتري، إذ إن الذمم تتفاوت، والناس يختلفون في حُسْن قضاء الدَّيْن وعدمه، وقد لا يرضى المشتري ـ الذي سيدفع هو الثمن للبائع، ويأخذ الثمن من الشفيع ـ قد لا يرضى أن يبيعه إلى أجل باختياره، فإذا ألزمناه بذلك أضررنا به. فكان في تخييره على ما ذكر دفع للضرر عن الجانبين.

ولو رضي المشتري أن يأخذ الشفيع الشفعة في الحال، وأن يؤجل الثمن إلي وقت حلوله، فأبى الشفيع إلا أن يؤجل الأخذ إلى وقت الحلول، بطل حقه في الشُفعة على الأصح.

٥ ـ اختلاف المشتري والشفيع:

قد يختلف الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فيقول الشفيع: اشتريته بألف مثلاً، ويقول المشتري: اشتريته بألف ومائة، ولا بيّنة على ذلك، يصدّق المشتري

بيمينه، لأنه أعلم بما باشره من الشراء وما دفعه من الثمن. ولأن الشفيع يدّعي عليه الاستحقاق بالأقل وهو ينكر ذلك، والقول دائماً قول المنكر بيمينه. فإذا نكل المشتري في اليمين ـ أي امتنع من الحلف ـ حلف الشفيع على مدّعاه، وأخذ الشقص بما حلف عليه.

وإذا اختلفا في البيع أصلاً، فأنكر المشتري الشراء والشفيع يدّعيه، فيصدق المشتري بيمينه، لأن الأصل عدم الشـراء، إلّا إذا اعترف الشريك القديم بالبيع.

وكذلك الحال لو أنكر المشتري كون الشفيع الطالب شريكاً، فيحلف على نفي العلم بشركته، لأن الأصل عدمها والقول قول من يتمسك بالأصل.



الباب الثاني

المساقاة والمزارعة والمخابرة



المسَاقـَاة

تعريفها:

هي - في اللغة - مأخوذة من السَّقْي.

وشرعاً: هي أن يتعاقد صاحب الشجر مع غيره، على أن يقوم بإصلاحه وتعهده وما يحتاج إليه من عمل، ويأخذ جزءاً معيَّناً مما يخرج منه من ثمر.

وسمِّيت مساقاة: لأن هذا العمل يحتاج إلى السقي بالماء ونضحه ونقله أكثر من غيره، فهو أكثر الأعمال مشقة على العامل، وأنفعها للمتعاقَد من أجله وهو الشجر.

وتسمى معاملة، وتسميتها مساقاة أولى، لما ذكر.

مشروعيتها:

المساقاة مشروعة وجائزة، وقد دلّ على مشروعيتها:

١ - **السنّة**: ومن ذلك ما رواه عبد الله بن عمر رضي الله عنهما: أن رسول الله ﷺ أعطى خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع. وفي رواية: عامل أهل خيبر. (أخرجه البخاري: المزارعة، باب: المزارعة بالشطر ونحوه، رقم: ٢٢٠٣. ومسلم: المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، رقم: ١٥٥١).

٢ - **إجماع الصحابة رضي الله عنهم**، فقد استمروا على ما فعله رسول الله ﷺ خلافة أبي بكر وعمر رضي الله عنهما، ولم ينكر ذلك أحد منهم. (انظر البخاري ومسلم الموضع المذكور قبل).

حكمة مشروعيتها:

إن الحكمة من مشروعية المساقاة هي تلبية الحاجة الداعية إلى ذلك، والتيسير على الناس في تحقيق مصالحهم المشتركة من غير ضرر ولا ضرار، فقد يكون للرجل الأرض والشجر ولا قدرة له على تعهدها والانتفاع بها، ويكون غيره لا أرض له ولا شجر، ولديه القدرة البدنية والخبرة العملية لإصلاح الشجر واستثماره. وفي استئجار مَن يقوم بالعمل احتمال ضرر بالغ بالمالك، فقد يهمل الأجير العمل، فلا يخرج شيء من الثمر، أو يخرج قليل منه لا يقابل الأجر الذي غرمه المالك، وربما غرمه فور التعاقد على العمل. فبهذا العقد ينشط العامل ويندفع للعمل، فربما كان الثمر كثيراً، فينتفع هو مقابل جهده، وينتفع المالك من ثمرة ملكه دون أن يقع عليه ضرر، فتتحقق مصلحة الطرفين، بل مصلحة المجتمع بالانتفاع برزق الله عزّ وجل، الذي يكون ثمرة الكسب والعمل والبذل، مع الصدق والأمانة والحفظ.

أركانها:

للمساقاة أركان ستة: مالك، وعامل، وصيغة، ومورد، وعمل، وثمر، ولكلٍّ منها شروط، وسنبيِّنها مع شروطها بعون الله تعالى.

١ ـ المالك:

ويشترط فيه أن يكون كامل الأهلية، إن قام بالتعاقد لنفسه، فإن كان المالك غير أهل للتعاقد ـ كالصبي والمجنون والمحجور عليه لسفه ـ ودعت الحاجة والمصلحة إلى هذا التعاقد، قام بالتعاقد مَن له ولاية على المالك، أو مَن له ولاية على المِلْك كأن كان المالك غير معين ـ كمال بيت المال والوقف ـ قام بذلك ناظر الوقف والحاكم أو نائبه.

٢ ـ العامل:

ويشترط فيه ما يشترط في المالك من الأهلية، فلا تصحّ إذا كان صبياً أو مجنوناً.

٣ ـ الصيغة:

لا بدّ في المساقاة من إيجاب وقبول، فالإيجاب قد يكون بلفظ صريح: كأن يقول ساقيتك على هذا النخيل ـ مثلاً ـ بكذا من الثمرة، وبلفظ الكناية: كقوله

سلّمت إليك هذا الشجر لتتعهده بكذا، أو اعمل على هذا الشجر بكذا، ونحو ذلك من الألفاظ التي يتعارفها الناس في هذا التعاقد، فإذا قبل العامل بلفظ يدل على رضاه بما أوجبه المالك صحّت المساقاة.

ولا تنعقد بلفظ الإجارة على الأصح، فلو قال: استأجرتك لتقوم بتعهدها بكذا من ثمرتها، لم تنعقد مساقاة، لأن لفظ الإجارة صريح في عقد آخر، ولم تنعقد إجارة لجهالة الأجرة في هذه الحالة.

ولا بدّ لصحة الانعقاد من القبول على ما ذكرنا، وأن يكون لفظاً متصلاً بالإيجاب عرفاً. وتقوم الإشارة والكتابة من الأخرس مقام اللفظ.

٤ ـ موردها:

أي ما ترد عليه صيغة المساقاة، وما يصحّ أن يحصل التعاقد على إصلاحه وتعهده من الشجر، وهو شجر النخيل والعنب.

وذلك لأن النص قد ورد في النخيل صراحة، فقد جاء في رواية من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: «دفع إلى أهل خيبر نخلها وأرضها..».

وقيس شجر العنب على النخيل لأنه في معناه، لأن ثمر كلٍّ منهما تجب فيه الزكاة باتفاق الفقهاء، ويتأتى فيه الخرص ـ أي تقدير ما يكون في رطبه من يابس ـ ولكلٍّ منهما رَطْب ويابس يُدّخر ويُقتات به، فالنخيل يؤكل ثمره رُطَباً ويصير تمراً، وشجر العنب يؤكل ثمره عنباً كما يصبح زبيباً.

واختار بعض أئمة المذهب ومرجِّحيه صحة ورودها على جميع الأشجار المثمرة، قياساً على النخيل والعنب، ولعموم قوله «من ثمر..».

ولعلّ هذا الذي اختاره هو الأرجح والأوفق لحكمة التشريع، من رعاية المصالح والتيسير على الناس، ولا سيما في هذه الأزمان التي كثر فيها تنوّع الأشجار المثمرة، فصارت الحاجة ملحّة لصحة المساقاة في كل شجر. ولعل سبب ورود النص على النخيل أنه كان الأكثر والغالب في بلاد العرب ولا سيما الحجاز، وخصوصاً خيبر، يدل على هذا اختلاف روايات الحديث، وأن الأكثر منها لم يذكر فيه النخيل، والله تعالى أعلم.

وصحتها في كل الأشجار المثمرة هو قول الشافعي رحمه الله تعالى القديم، ومذهب أكثر الفقهاء غير الشافعية.

٥ ـ العمل:

وهو ما يقوم به العامل من جهد لرعاية الشجر وإصلاحه.

وعلى العامل أن يقوم بكل عمل يُحتاج إليه لصلاح الثمر واستزادته، مما يتكرّر كل سنة:

- فعليه السقي وما يتعلق به: من إصلاح طرق الماء، وفتح رأس الساقية وسدّها عند السقي، وتنقية مجرى الماء من طين وعشب ونحوه، وإصلاح الحُفر حول أُصول الشجر ليستقر فيها الماء.
- وعليه تلقيح الأشجار ونحوه.
- وكذلك إزالة قضبان مضرّة وتنحية أعشاب وحشائش قد تؤثر على الشجر.
- وعليه ـ أيضاً ـ تعريش ما جرت العادة بتعريشه من الأشجار في تلك البقاع، ووضع حشائش ونحوها على الثمار لصيانتها من الشمس، حسب العادة والحاجة.
- والأصح أن عليه حفظ الثمر وصيانته من السرّاق، وكذلك عليه حفظه من الحشرات بالرش بالمبيدات ونحو ذلك، كما أن عليه قطعه وتجفيفه إن كان مما يجفّف، كثمر النخيل والعنب والتين.

فإن عجز عن بعض هذه الأعمال ـ لكثرة الشجر مثلاً أو كبر البستان ـ استعان عليها، وكانت نفقتها عليه.

وليس عليه أن يقوم بأي عمل يقصد به حفظ الشجر، ولا يتكرر كل سنة.

فليس عليه بناء حيطان، ولا حفر نهر جديد أو بئر، ولا نصب باب، ولا أدوات حراثة، ولا ما يستخرج به الماء كمحرّك، ونحو ذلك، بل ذلك كله ونفقاته على المالك.

ولو شرط المالك على العامل القيام بما ليس عليه لم تصحّ المساقاة، وكذلك لو شرط العامل على المالك القيام بما هو من واجب العامل.

ويشترط في صحة المساقاة:

- أن ينفرد العامل بالعمل وباليد، أي في التخلية بينه وبين المعقود عليه وأن يسلم إليه، ليتمكن من العمل متى شاء. فلو شرط بقاء البستان في يد المالك، أو اشتراكهما في اليد لم تصحّ المساقاة. ولو شرط المالك وجود أجير له، ليقوم عنه بما يترتب عليه ويخصّه من أعمال، صحّ.
- كما يشترط معرفة قدر العمل إجمالاً، وذلك بذكر مدة تثمر فيها الأشجار المعقود عليها غالباً وتبقى صالحة للاستغلال.

فلا تصحّ مطلقة عن المدة، أو مقيدة بزمن لا تثمر فيه تلك الأشجار غالباً، لخلوّها عن العوض بالنسبة للعامل، ولا مقيّدة بزمن لا تبقى فيه الأشجار صالحة للاستغلال.

ولا يصحّ توقيتها بإدراك الثمر على الأصح، لجهالة المدة، لأن إدراكه قد يتقدم وقد يتأخر.

٦ ـ الثمرة:

أي ثمرة الأشجار التي ورد عقد المساقاة على تعهدها. ويشترط في هذا:

١ ـ أن تكون مختصّة بهما، أي المالك والعامل، فلا يجوز أن يشترط جزء منها لغيرهما، فلو شرط شيء من ذلك فسد عقد المساقاة.

٢ ـ أن يشتركا في الثمر، فلو شرط أن كون الثمر كله لواحد منهما كانت مساقاة فاسدة.

٣ ـ أن يكون نصيب كلٍّ منهما معلوماً بالجزئية، كربع وثلث ونصف ونحو ذلك، فلو قال: على أن الثمر بيننا، كان مناصفة. فلو شرط لواحد منهما نصيب معين ـ كألف صاع مثلاً، أو ألف رطل من الثمرة ـ لم يصحّ، لأنه ربما ما أثمرت ذلك، أو لم تثمر غيره، فيخلو العاقد الثاني عن العوض. ومثل هذا لو شرط لواحد منهما قدر معين من النقد.

ويثبت حق العامل في الثمرة بظهورها، فإذا اطلعت قبل انقضاء المدة ـ أي ظهر أول حملها ولو لم يظهر تماماً ـ ثبت حقه فيها.

ويصحّ عقد المساقاة قبل أن يكون الثمر بالكلية، كما تصحّ بعد وجوده وظهوره ـ لكن قبل بدء صلاحه ـ على الأظهر، لبقاء أكثر العمل.

وصف عقد المساقاة:

عقد المساقاة عقد لازم من العاقدين، فإذا وجدت أركانه بشروطها أصبح كل منهما ملزماً بتنفيذه، وليس له فسخه والرجوع عنه إلا برضا العاقد الآخر، سواء أكان ذلك قبل العمل أم بعده، لأن العمل المعقود عليه يكون في أعيانٍ قائمة بحالها، فيلزمه إتمام أعمالها ولو تلفت الثمرة كلها بآفة ونحوها.

ووجه لزومها مراعاة مصلحة العاقدين:

إذ لو كان للعامل فسخها قبل تمام العمل لتضرّر المالك بفوات الثمرة أو بعضها، لعدم تمكّن المالك من إتمامه، لكونه لا يحسنه أو لا يتفرغ له.

ولو كان للمالك فسخها لتضرّر العامل بفوات نصيبه من الثمرة، لأن الغالب أن يكون أكثر من أُجرة مثله.

حكم المساقاة الفاسدة:

كل ما سبق من أحكام يترتب على المساقاة الصحيحة، وهي التي استوفت أركانها بكامل شروطها. فإذا اختلّ ركن من الأركان أو شرط من الشروط كانت المساقاة فاسدة، كما بيّنّا ذلك في مواضعه، وذلك في كل موضع قلنا فيه: لا تصحّ المساقاة: كأن شرط على أحدهما ما ليس من عمله، أو يكون نصيبه مجهولاً أو غير معلوم بالجزئية، أو كان موردها شجراً غير مثمر، ونحو ذلك.

فإذا تبيّن فساد المساقاة: كان الثمر كله لصاحب الشجر، لأنه نماء ملكه، وكان للعامل أجرة مثله لمثل عمله الذي قام به، لأنه بذل منفعته على أن تقابل بعوض، ولم يكن متبرعاً بعمله.

يـد العامل:

يد العامل يد أمانة، فإن ادّعى هلاك شيء تحت يده ـ من شجر أو ثمر أو غير ذلك ـ بغير تقصير منه ولا تعدٍّ، كان القول قوله، فيُصَدّق بيمينه. وكذلك فيما إذا

ادّعى المالك خيانته وأنكر هو، فإنه يصدّق بيمينه، لأن المالك قد ائتمنه، والقول دائماً قول المؤتَمن بيمينه.

انتهاء المساقاة:

تنتهي المساقاة إذا انتهت المدة المتعاقد عليها، إذا كان الثمر قد نضج وقُطفَ. فإذا انتهت المدة وكان الثمر قد ظهر طلعه ـ أي بدء وجوده ـ فقد تعلق به حق العامل كما علمت، فتستمر المساقاة حتى ينضج ويُقطف، وعلى العامل أن يستمر بالعمل حتى يتمّه.

ولا تنتهي المساقاة بموت أحدهما: فإذا مات المالك استمر العامل بعمله وأخذ حصته عند تمام العمل.

وإذا مات العامل كان للوارث أن يتم العمل بنفسه، وعلى المالك أن يمكّنه من ذلك إذا كان ثقة عارفاً بالعمل، وإن لم يكن كذلك استأجر المالك بإذن الحاكم مَن يقوم بالعمل من تَركَة العامل. ولا يجبر الوارث على العمل، بل له أن يتمّه من تَرِكَة الوارث أو من مالِه.

ويجبر على إتمام العمل، إذا ترك العامل تَرِكَة، لأنه حق قد وجب عليه، فيلزم أداؤه من التركَة كغيره من الحقوق. فإذا لم يترك العامل تَرِكَة لم يجبر الوارث على إتمام العمل لا بنفسه ولا من ماله. ولا يقترض على العامل، بل للمالك أن يفسخ المساقاة لتعذّر استيفاء المعقود عليه وهو العمل، ويستحق ورثة العامل أُجرة المثل لما مضى إن لم يظهر الثمر، وإن ظهرت الثمرة كان للورثة قيمة نصيب العامل على تلك الحالة، والله تعالى أعلم.

ولا تنتهي المساقاة بخيانة العامل، إذا ثبتت بإقراره أو ببيِّنة ونحو ذلك، وإنما يضم إليه مشرف ليمتنع عن الخيانة، ولا ترفع يده عن العمل لأنه واجب عليه، ويمكن استيفاؤه منه بهذا. وتكون أُجرة المشرف عليه لأنها استحقت بسببه.

فإذا لم يتحفّظ عن الخيانة رغم وجود المشرف أُزيلت يده بالكلية، واستؤجر عليه من ماله مَن يقوم بالعمل ويتمّه، لتعذّر الاستيفاء منه مع لزومه له.

وكذلك الحال فيما لو هرب العامل ـ أو حبس أو مرض ـ قبل تمام العمل

والفراغ منه، فلا تنفسخ المساقاة، بل يستأجر عليه الحاكم مَن يقوم بالعمل ويتمّه، إلا إذا تبرع عنه المالك أو غيره، فيبقى استحقاقه فيما اتفق عليه من نصيب من الثمر.

وفي حال عدم التمكّن من الرجوع إلى الحاكم - أو عدم استجابته لذلك - يستأجر المالك مَن يقوم بالعمل، ويشهد في ذلك على ما ينفقه من أجله، وأنه ينفق ليرجع على العامل، فإذا أشهد كان له الرجوع على العامل بما أنفق، وإلا كان متبرعاً.

وإذا لم يجد الحاكم ولا المالك مَن يقوم بالعمل عن العامل - ولم يشأ المالك التبرّع عنه - كان للمالك أن يفسخ المساقاة، لتعذّر استيفاء المعقود عليه وهو العمل. وكان للعامل أُجرة مثل ما سبق من عمله إن لم تظهر الثمرة، وقيمة نصيبه على تلك الحالة إن كانت قد ظهرت.

اختلاف العامل والمالك:

إذا اختلف العامل وصاحب الشجر في العوض المشروط، فقال المالك: شرطت لك ثلث الثمرة، وقال العامل: شرطت لي نصفها، يحلّف كل منهما على إثبات دعواه ونفي دعوى خصمه، لأن كلّاً منهما منكر لدعوى الآخر، فإذا تحالفا انفسخ عقد المساقاة، وكان الثمر كله للمالك، وللعامل أُجرة مثله.

المزارعة والمخابرة

تعريفهما:

المزارعة ـ في اللغة ـ على وزن مفاعلة من الزرع.

وهي في الاصطلاح: أن يتعاقد مالك الأرض مع غيره ليقوم بزراعة الأرض وتعهد الزرع، ويكون الخارج بينهما حسب الاتفاق، والبذر على المالك.

والمخابرة ـ في اللغة ـ من الخَبار، وهو الأرض اللينة، ومن قولهم: خبرت الأرض إذا شققتها للزراعة. واصطلاحاً: هي مثل المزارعة، وإنما البذار فيها على العامل.

مشروعيتهما:

وكلٌّ من المزارعة والمخابرة باطلة إذا كانت هي المقصودة بالعقد، كأن كانت الأرض لا شجر فيها، أو كان فيها شجر وجرى التعاقد على زراعة الأرض دون المساقاة على الشجر.

ودليل بطلانهما: حديث رافع بن خديج رضي الله عنه قال: كنّا نحاقل الأرض على عهد رسول الله ﷺ، فنكريها بالثلث والربع والطعام المسمى، فجاءنا ذات يوم رجلٌ من عمومتي فقال: نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا، نهانا أن نحاقل بالأرض فنكريها على الثلث والربع والطعام المسمى، وأمر ربّ الأرض أن يَزرعها أو يُزرعها، وكره كراءها وما سوى ذلك. (البخاري: المزارعة، باب: ما كان أصحاب النبي ﷺ يواسي بعضهم بعضاً في الزراعة والثمرة. مسلم: البيوع، باب: كراء الأرض بالطعام).

[نحاقل: من الحقل وهي الأرض التي لا شجر بها. الطعام: القمح ونحوه. المسمى: المعين والمحدّد قدره].

وروى جابر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ نهى عن المخابرة. (البخاري: المساقاة، باب: الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو في نخل، رقم: ٢٢٥٢. ومسلم في البيوع، باب: النهي عن المحاقلة والمزابنة، رقم: ١٥٣٦).

جواز المزارعة تبعاً للمساقاة:

إذا كان بين الأشجار أرض لا شجر فيها صحّت المزارعة عليها مع التعاقد على مساقاة الشجر تبعاً، لما جاء في حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنه ﷺ دفع أرض خيبر إلى أهلها بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع.

ويشترط في هذا:

١ ـ اتحاد العامل، أي أن يكون مَن تعاقد معه المالك على مساقاة الشجر هو الذي تعاقد معه على مزارعة الأرض.

٢ ـ أن يعسر إفراد الشجر بالسقي ونحوه عن الأرض، فإذا كان هذا ممكناً لم تصحّ المزارعة.

٣ ـ أن لا تكون أصلاً مقصوداً في التعاقد، وذلك بأن يحصل التعاقد على المساقاة والمزارعة معاً، فلو تعاقدا على المساقاة، ثم تعاقدا على المزارعة، لم تصح، لأن تعدّد القصد ينفي التبعية.

ولذا يشترط ـ في الأصح ـ أن لا تقدّم المزارعة في العقد على المساقاة، فلو قال: زارعتك على هذه الأرض وساقيتك على هذا الشجر، لم يصح، لأن المزارعة يجب أن تكون تبعاً، والتبع لا يكون متقدّماً على متبوعه.

ولا فرق ـ في الأصح ـ بين أن تكون الأرض بين الأشجار قليلة أو كثيرة، لأن السبب عُسْرُ إفرادها بالتعهد، فالحاجة إلى جوازها تبعاً لا تختلف بين القليل والكثير.

ولا يشترط أيضاً أن يكون الجزء المخصّص لكلٍّ منهما متساوياً في المزارعة

والمساقاة، بل يمكن أن يختلف، فيكون في المساقاة ـ مثلاً ـ شطرين، وفي المزارعة أثلاثاً: لأن المزارعة ـ وإن كانت تابعة ـ فهي في حكم عقد مستقل.

المخابرة باطلة مطلقاً:

هذا ولا تصح المخابرة مطلقاً ولو كانت تبعاً للمساقاة، لأنها لم يرد بها الشرع، بخلاف المزارعة، بالإضافة إلى أن المزارعة في معنى المساقاة، لأن كلاً منهما ليس فيها على العامل إلا العمل، بينما في المخابرة عليه البذر إلى جانب العمل.

حكم المخابرة والمزارعة الفاسدة:

علمنا أن المخابرة فاسدة مطلقاً، وكذلك المزارعة إذا لم تتحقق شروط صحتها، فإذا تعاقد صاحب الأرض مع العامل مزارعة أو مخابرة، وقام العامل بالعمل وسلّم الزرع:

- **فإن كانت مزارعة**: كان الحاصل ملكاً لصاحب الأرض، لأنه نماء ملكه وهو البذار الذي بذله في أرضه. وعليه للعامل أُجرة مثل عمله ودوابّه وآلاته إن كانت منه.

- **وإن كانت مخابرة**: كان الحاصل للعامل، لأن البذر منه، والغلّة تبع للبذر. وعليه لصاحب الأرض أو مستحقها أُجرة مثلها.

فإن كان البذار منهما: كان الحاصل بينهما، بنسبة ما لكلٍّ منهما من البذر. ويرجع كلٌّ منهما على الآخر بأُجرة ما صرفه من المنافع على حصته فلو كان البذر مناصفة منهما: رجع صاحب الأرض بنصف أجر مثلها على العامل، ورجع العامل على صاحب الأرض بنصف أجر مثل عمله، وهكذا.

طريقة حلّ المحصول في المزارعة والمخابرة مشتركاً بين المالك والعامل:

لما كان شرع الله تعالى يسراً لا عسر فيه ولا حرج، والحكمة من أحكامه ضمان الحقوق وإبعاد الناس عن الضرر والمنازعة وما إلى ذلك، جهد الفقهاء في أن يجدوا مخرجاً للناس، حين توقعهم ظواهر النصوص في شيء من الحرج، ولا سيما عندما يؤمن الضرر وتنتفي الجهالة وتُصان الحقوق، حرصاً على هيبة الشرع وإبقاء الناس تحت سلطان أحكامه، مع تحقيق مصالحهم وتيسير أمورهم، طالما أن ذلك ممكن ولو بوجه من الوجوه.

وتحقيقاً لهذا المعنى وجد الفقهاء طريقة لتحقيق ما في المزارعة والمخابرة من مصلحة في بعض الأحيان، إذ قد توجد الأرض لدى مَن لا يُحسن استخدامها أو لا يستطيع الاستفادة منها، ويفقدها مَن لديه الخبرة على استخراج ما أودعه الله تعالى فيها من خيرات، وفي نفس الوقت ليس لديه المال ليستأجرها ويستثمرها.

وذلك: بأن يستأجر المالك العامل بجزء معلوم من البذر وشائع فيه، أي كربعه أو نصفه دون تمييز له، ليزرع له النصف الآخر في الأرض، ويعيره ـ في نفس الوقت ـ جزءاً شائعاً من الأرض بقدر ما استأجره به من البذر. وهكذا يقوم العامل بالعمل في الأرض، ويكون الحاصل بينهما بنسبة ما ملك كل منهما من البذر.

أو يستأجره بنصف البذر شائعاً ـ مثلاً ـ ونصف منفعة الأرض كذلك، ليزرع له النصف الآخر من البذر في النصف الآخر من الأرض.

وهكذا يشتركان في الغلة، ولا يكون لأحدهما أُجرة على الآخر، لأن العامل يستحق من منفعة الأرض بقدر نصيبه من الزرع، والمالك يستحق من منفعة العامل بقدر نصيبه من الزرع أيضاً.

وهذا إذا كان البذر من المالك.

فإذا كان البذر من العامل: استأجر من المالك جزءاً معيناً شائعاً من الأرض كنصفها ـ مثلاً ـ بنصف شائع من البذر وبعمله في النصف الآخر منها. أو يستأجر نصفها بنصف البذر، ويتبرع له بالعمل بنصفها الآخر.

وهكذا أيضاً يملك كل منهما من الغلة بنسبة ما ملك من البذر ومنفعة الأرض، ولا يكون لأحدهما أجر على الآخر.

هذا على أن كثيراً من الفقهاء غير الشافعية ـ رحمة الله تعالى على الجميع ـ قالوا بجواز المزارعة استقلالاً، بدليلِ معاملة رسول الله ﷺ أهل خيبر، واعتبروا المخابرة في معنى المزارعة، لأن كلاً منهما وارد على منفعة، فإذا كان البذر من صاحب الأرض فالمنفعة عمل العامل، وإن كان البذر من العامل فالمنفعة هي منفعة الأرض.

البَابُ الثَالث

العَارِيَّة

العاريّة

تعــريفها:

العاريَّة ـ بتشديد الياء أفصح من تخفيفها ـ وهي في اللغة: اسم لما يعطيه الرجل لغيره لينتفع به ثم يردّه عليه، كما تطلق على العقد الذي يتضمن هذا. مشتقة من التعاور وهو التداول وانتقال الشيء من يد إلى يد.

وهي في الاصطلاح الشرعي: إباحة الانتفاع بما يحلّ الانتفاع به مع بقاء عينه.

فعقد العاريَّة يتضمن إباحة الانتفاع للمستعير، فهو لا يملك المنفعة وإنما يُباح له أن ينتفع بالعين، أي الشيء المستعار على ما سيأتي، ولذا لا يملك أن يؤجر العين المستعارة لأحد، كما لا يملك أن يعيرها لغيره.

وإنما تصحّ إعارة ما يحلّ الانتفاع به، فلا تصحّ إعارة خنزير أو آلات لهو، كما لا تصح إعارة مصحف لحائض ونفساء، لأنه لا يجوز لهما مسّه والقراءة فيه.

والإعارة تكون في الأعيان التي لا تُستهلك بالاستعمال، كما سيأتي بيانه عند الكلام عن أركان العاريَّة، فإذا كانت تستهلك بالاستعمال ـ كالصابون مثلاً ـ فلا تصحّ إعارتها.

مشروعيتها:

الإعارة مشروعة، وقد دلّ على مشروعيتها نصوص من الكتاب والسنّة، وانعقد على ذلك الإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ فويل للمصلّين. الذين هم عن صلاتهم ساهون. الذين هم يراؤون ويمنعون الماعون ﴾ (الماعون: ٤ ـ ٦).

فقد ذكر الله تعالى أن منع الماعون من صفات المكـذب بيوم الدين والمهدَّد بالويل ـ وهو العذاب والهلاك ـ يوم القيامة، فدلّ على أنّ بذل الماعون أمر مشروع ومطلوب. وجمهور المفسرين على أن المراد بالماعون ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض، كالدلو والإبرة والقِدْر ونحو ذلك، ويلحق به كل ما في معناه.

وأما السنّة: ـ فما رواه أنس رضي الله عنه: أن النبي ﷺ استعار فرساً من أبي طلحة فركبه. (أخرجه البخاري في الهبة، باب: مَن استعار من الناس الفرس، رقم: ٢٤٨٤. ومسلم في الفضائل، باب: في شجـاعة النبي ﷺ وتقدمه للحرب، رقم: ٢٣٠٧).

ـ وما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: سمعت النبي ﷺ يقول: «مَن كانت له أرض فليهبها أو ليُعرْها». (أخرجه مسلم في البيوع، باب: كراء الأرض، رقم: ١٥٣٦).

وسيأتي معنا أحاديث أُخرى خلال البحث، فيها دلالة على مشروعية العاريَّة مع بيان أحكامها.

وما دلّ عليه القرآن والسنّة من مشروعية الإعارة عامة: انعقد عليه إجماع علماء المسلميـن في كل العصور.

حكمة مشروعيتها:

إن حكمة التشريع في العاريّة هي تحقيق التعاون الذي ندب الله تعالى المسلمين إليه إذ قال: ﴿وتعاونوا على البِرّ والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ (المائدة: ٢). فكثير من الناس لا يتمكن من اقتناء كل ما يحتاج إليه من متاع أو ملبس أو مسكن أو عقار: إما لقلة ذات يده، أو لفقدانه في الأسواق، أو ندرة وجوده، أو لكثرة مشاغل بعض الناس التي تُنسيهم بعض حاجاتهم. وعندها قد يجد المرء نفسه في ساعة من ليل أو نهار في حاجة ماسّة لأن يطرق باب جيرانه، فيطلب منهم استعارة بعض الأشياء، أو يتوجه بالطلب إلى صديقه في سفر أو حضر أن يستعين ببعض متاعه لقضاء حاجته. ولا سيما أولئك الكثيرات من ربّـات البيوت، اللواتي قـد يكون رجالهنّ في سفر، أو غائبين عن البيت لانهماكهم في العمل، والمرأة مضطرة لأن تهيِّىء الطعام أو تقوم بشؤون الأولاد، فتحتاج إلى

أشياء كثيرة لا تتمكن من تهيئتها بنفسها، فلا بدّ من أن تستعين بمتاع مَن يساكنها في دارها أو يجاورها. ولما كان الإسلام دين التيسير والتعاون ـ كما ذكرنا ـ يسّر على الناس وشرع لهم أن ينتفع بعضهم بأمتعة بعض، بإذن منه ورضاً، جلباً للمصلحة ودفعاً للمضرّة، ورفعاً للحرج، وحفظاً من الإرهاق والعنت، كي تسود الألفة والمودّة، ويكون الله عز وجل في عون الجميع، طالما أن كلاً منهم يسعى أن يكون في عون غيره، مستجيبين لتوجيه رسول الله ﷺ إذ يقول: «والله في عونِ العبد ما كان العبد في عون أخيه».

وبهذا يحمون أنفسهم من العقاب والعتاب، في يوم عصيب لا ينفع المرء فيه إلا ما قدّم من إحسان في هذه الدار، ورعاية للحقوق وأداءً للواجب. روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ما من صاحب إبلٍ ولا بقرٍ ولا غنمٍ لا يـؤدّي حقّها، إلا أُقعد لها يوم القيامة بقاعٍ قَرْقَرٍ، تطؤه ذاتُ الظِّـلْف بظِلْفها، وتنطَحُهُ ذات القرن بقرنها، ليس فيها يومئذٍ جمّاء ولا مكسورة القرن». قلنا: يا رسول الله، وما حقّها؟ قال: «إطراقُ فحلها، وإعارة دلوها، ومنيحتُها، وحلبها على الماء، وحملٌ عليها في سبيل الله». (أخرجه مسلم في الزكاة، باب: إثم مانع الزكاة، رقم: ٩٨٨).

[قاع قرقر: أرض مستوية. تطؤه: تدوسه. الظلف: ما يكون في نهاية القدم من البقر والغنم ونحوها. جماء: لا قرن لها. إطراق فحلها: إعارة الذكر منها لينزو على إناثها. منيحتها: المنيحة هي الشاة أو البقرة أو الناقة، يعطيها مالكها لغيره لينتفع بلبنها ونحوه زماناً، ثم يردّها لمالكها].

حكم العاريَّة:

العاريَّة مستحبة ومندوب إليها، لما سبق من أدلة في بيان مشروعيتها وحكمة التشريع، وقد كانت واجبة في أول التشريع، للتهديد الشديد لمانعها كما علمت، ولكن هذا الوجوب نسخ بالإجماع، وبقي الحكم على الاستحباب، وهذا هو الأصل في حكمها الآن.

وقد تصبح واجبة، إذا توقف عليها إنقاذ حياة إنسان معصوم، أي غير

حربي، كإعارة ثوب لدفع حرٍّ أو بردٍ شديدَيْن مهلِكَيْن، وإعارة حبل لإنقاذ غريق، وإعارة ضماد لعصب جرح بليغ ونحو ذلك.

ومن الواجب إعارة ما فيه حفظ مال محترم أيضاً، كإعارة سكّين لذبح حيوان مأكول اللحم يُخشى موته إذا لم يذبح، لأن عدم ذبحه إضاعة مال، وهو منهيّ عنه شرعاً.

وقد تكون العاريّة محرمة، كإعارة آلة قاتلة لمن غلب على ظنه أنه سيقتل بها، وكإعارة مصحف لحائض أو نفساء كما علمت.

وقد تكون مكروهة، كما لو كان فيها مساعدة على مكروه.

أركان عقد الإعارة

للإعارة أركان أربعة، وهي: المُعير، والمستعير، والصيغة، والشيء المستعار. ولكلٍّ منها شروط، وإليك بيانها:

١ ـ المعير:

وهو الذي يُبيح لغيْره الانتفاع بالعين التي في حوزته، ويشترط فيه:

أ ـ أن يكون مالكاً للمنفعة في العين المُعارة، سواء أكان يملك العين أم لا يملكها، كالمستأجر ـ مثلاً ـ والموصى له أو الموقوف عليه، فكلٌّ منهم له أن يعير العين المستأجر لها أو الموصى له بمنفعتها أو الموقوفة عليه، لأنه يملك منفعتها، والإعارة ترد على المنفعة لا على العين. ولذا ليس للمستعير أن يعير العين التي استعارها، لأنه لا يملك منفعتها، وإنما أُبيح له الانتفاع بها.

ب ـ أن يكون ممّن يصحّ تبرعه، فلا تصحّ الإعارة من الصبي ولا من المجنون، كما لا تصحّ من المحجور عليه بسفه أو فلس إذا كانت المنفعة تقابل بعوَض، وذلك لأن الإعارة تبرّع بالمنفعة، وهؤلاء ليسوا من أهل التبرع.

جـ ـ أن يكون مختاراً، فلا تصحّ الإعارة من مُكرَه عليها، لأن المنفعة المبذولة مال، لأنها تقابل بعوَض، ورسول الله ﷺ يقول: «لا يحلّ مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس» (أخرجه الدارقطني في البيوع، الحديث: ٩١).

٢ ـ المستعير:

وهو الذي أُبيح له الانتفاع بالعين المُعارة، ويشترط فيه شرطان:

أ ـ أن يكون أهلاً للتبرّع عليه بعقد، أي تصحّ عبارته شرعاً ويعتدّ بها وهو البالغ

العاقل، فلا تصحّ الإعارة لصبي أو مجنون، لأنّ كلًّا منهما لا يعتبر قوله شرعاً، فإذا احتيج إلى إعارتهما تولّى ذلك عنهما وليُّهما.

ب ـ أن يكون معيّناً، فلو قال لاثنين: أعرتُ أحدكما كتابي، أو قال لجماعة: أعرت أحدكم كتابي، لم تصحّ الإعارة، لأن المستعير غير معين.

٣ ـ صيغة عقد العاريَّة:

وهي العبارة التي تدل على هذا العقد من الإيجاب والقبول، ولا يُشترط اللفظ من المعير والمستعير، بل يكفي اللفظ من أحدهما والفعل من الآخر، بما يدل على إذن مالك المنفعة بإباحتها لغيره، فلو قال المالك: خذ هذا الكتاب واقرأ به، أو: أعرتك هذا الكتاب، فاستلمه المستعير، صحّت الإعارة. وكذلك لو قال المستعير: أعرني كذا، فسلّمه إليه المالك، صحّ العقد.

ولا بدّ فيها من اللفظ من أحد المتعاقدين، فلو أخذ المستعير المتاع دون كلام، وسكت المعير، لم تصحّ الإعارة، ولم يترتب عليها إباحة الانتفاع للمستعير.

ولا يشترط التتابع بين طرفي الصيغة، فلو قال: أعرني كذا، ودفعه إليه بعد زمن، صحّ ذلك، ما لم يوجد ما يدل على الرجوع من المعير أو الردّ من المستعير.

وتصحّ الإعارة مطلقة عن الوقت والشرط، كما تصحّ معلقة على شرط ومقيدة بوقت، كما لو قال له: أعرتك داري هذه لتسكنها سنة، أو إن خرج منها فلان الذي يسكنها، وذلك لأن الإعارة ليست بعقد تمليك حتى لا تقبل التعليق والتوقيت، وإنما هي إباحة انتفاع كما علمت.

٤ ـ المستعار:

وهو العين التي تُباح منفعتها للمستعير، ويشترط فيها:

أ ـ أن تكون منفعتها ملْكاً للمُعير كما علمت، فلا تصحّ إعارة المستعير لغيره.

ب ـ أن تكون يمكن الانتفاع بها، فلا تصحّ إعارة ثياب بالية لا تقي من حرٍّ ولا برد أو لا تستر عورة. كما لا تصحّ إعارة دابّة مريضة مرضاً مزمناً للركوب، وكذلك

سيارة لا محرّك لها، ونحو ذلك، لأن عقد العاريَّة يرد على المنفعة، ولا منفعة في مثل ذلك، فيكون عقداً على غير معقود عليه.

ولا يشترط وجود النفع عند العقد على الصحيح، فلو أعاره مُهراً صغيراً للركوب صحّ ذلك، إن كانت الإعارة مطلقة، أو مقيدة بزمن يمكن أن يصبح المهر فيه صالحاً للركوب. وكذلك لو أعاره ثوباً غير صالح للُّبْس ولكن يمكن إصلاحه، ونحو ذلك.

جـ ـ أن يكون الانتفاع بها مباحاً شرعاً، فلا تصحّ إعارة آلات اللهو، ولا إعارة حليّ لامرأة تتزيّن به أمام الأجانـب ، ولا إنلء ليصنع فيه خمر، أو سكين ليذبح بها خنزير للأكل، أو سلاح لمن يعتدي به على معصوم الدم، ونحو ذلك، لأن مثل هذا الانتفاع حرام وممنوع شرعاً.

د ـ أن يكون الانتفاع بها لا ينقص عينها، كالثياب والدور والأواني ونحو ذلك. فإذا كان الانتفاع بها ينقصها لم تصحّ إعارتها، وعليه: فلا إعارة لشمعة ليستضاء بها، أو صابون للتنظيف ونحو ذلك، لأن الانتفاع بها يكون باستهلاكها وتلف عينها شيئاً فشيئاً.

أحكام تتعلق بالعاريَّة

١ ـ حدود الانتفاع بالعين المستعارة:

للمستعير أن ينتفع بالعين المستعارة ضمن الحدود التي أذن فيها المالك، لرضاه بهذا، وليس له أن ينتفع بغير ما أذن به، لأنه لم يرضَ بذلك، إلا إذا كان أقل تأثيراً على العين من الذي أذن به، فإن أطلق الإذن بالانتفاع، بأن أعاره مطلقاً دون التقييد بوجه من وجوه الانتفاع، كان له أن ينتفع من العين بما ينتفع بها عادة، وإن نهاه عن الانتفاع بوجه من الوجوه امتنع عليه ذلك الوجه، ولو كان أقل تأثيراً على العين، وذلك كله لأن المعير مالك للمنفعة ومتبرع بها، فله تحديد وجه الانتفاع بما شاء. وعليه:

- فلو أعاره أرضاً لينتفع بها، جاز له أن يبني فيها وأن يغرس شجراً أو يزرع زرعاً، لأنه أطلق الإذن بالانتفاع. فلو قال: أعرتك هذه الأرض، دون أن يقول لتنتفع بها، فالصحيح أن الإعارة غير صحيحة.

- وإن أعاره للبناء أو الغراس جاز له أن يزرع، لأن الزرع أقل ضرراً من الغراس أو البناء، فرضاه بالأشد دليل رضاه بالأقل. إلا إن نهاه عن ذلك فليس له فعله.

- وإن أعاره للزرع فليس له أن يبني أو يغرس، لأن البناء والغراس كل منهما أكثر ضرراً على الأرض من الزرع، ورضاه بالأقل لا يدل على رضاه بالأشد.

- وإن أعاره للزراعة مطلقاً زرع ما شاء، فإن أعاره لزراعة نوع معين كان له زرعه وزرع ما هو مثله أو أقل منه تأثيراً، وليس له زراعة ما هو أشد منه ضرراً على الأرض.

وهكذا القول في كل عيـن مستعارة:

فلو استعار سيارة للركوب فليس له أن يستعملها لحمل الأمتعة مثلاً، وإن استعارها لحمل أمتعة خفيفة ـ كخشب مثلاً ونحوه ـ فليس له أن يحمل فيها أشياء ثقيلة كحديد أو إسمنت ونحو ذلك.

وللمستعير أن يستوفي المنفعة بنفسه أو بمَن ينوب منابه ـ كوكيله مثلاً ـ لأن الانتفاع يعود عليه ويرجع إليه، شريطة أن يكون مثله أو دونه في استيفاء المنفعة من حيث التأثير على العين المستعارة، فلو استعار دراجة وأراد أن يركب عليها أجيره أو وكيله للقيام بعمله لمصلحته، كان له ذلك، إلا إذا كان يزيد عنه في وزنه وثقله، وهكذا.

٢ ـ يد المستعير على العين المستعارة:

إن يد المستعير على العين المستعارة يد ضمان، فإذا قبض المستعير العين المستعارة دخلت في ضمانه، ومعنى هذا أن المستعير يضمن العين المستعارة إذا تلفت، سواء أتعدى باستعمالها أم لم يتعدّ، وقصّر في حفظها أم لم يقصّر، لأنه قبض مال غيره لمصلحة نفسه.

وقد دلّ على ذلك حديث أُمية بن صفوان بن أُمية عن أبيه صفوان رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ استعار منه دروعاً يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد؟ فقال ﷺ: «لا، بل عاريّة مضمونة». (أخرجه أبو داود في البيوع والإجارات، باب: في تضمين العاريّة، رقم: ٣٥٦٢).

ويضمن المستعير العين المستعارة بقيمتها يوم تلفها، إذا تلفت وذهبت ولو بآفة سماوية. ولا يضمن ما بَلِيَ منها أو نقص من قيمتها بسبب الاستعمال المأذون فيه، فإذا استعملها في غير ما أذن له به، فنقصت، فإنه يضمن.

وكذلك يضمن ما نقص منها بسبب الاستعمال إن استعملها فيمـا لا تستعمل فيه عادة، كأن استعمل الدار للحدادة أو النجارة، أو استعمل أوعية الطعام لنقل الرمل أو الحجارة.

ويضمنها أيضاً إذا استعملها بعد رجوع المُعير بالإعارة وطلبه ردّ العين

المستعارة، حتى ولو استعملها فيما هو مألوف في استعمالها، أو ما أذن له المعير سابقاً باستعمالها فيه، لأنه استعمال غير مأذون فيه. وكذلك الحال لو كانت العاريّة مؤقتة واستعملها بعد انتهاء المدة.

شرط الضمان فيما لا ضمان فيه، وعدم الضمان فيما فيه الضمان: علمنا أنه لا ضمان فيما تلف أو نقص من عين العاريَّة بالاستعمال المأذون فيه، وكذلك تضمن العاريَّة إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه مطلقاً، فلو شرط في العقد خلاف هذا كان الشرط لاغياً لا يلزم الوفاء به، ويبقى عقد العاريَّة صحيحاً كما لو لم يشرط فيه هذا الشرط، وقيل: تفسد الإعارة أيضاً.

٣ ـ نفقة المستعار ومؤونة ردّه:

إذا كان للمستعار نفقة ـ كما لو كان دابة فتحتاج إلى علف، أو مسكناً فيحتاج إلى ترميم ـ فهذه النفقة على مالك العين، سواء أكان المعير هو المالك للعين أم المستأجر لها، لأن النفقة تبع للملك، والإعارة تبرّع بالمنفعة من مالكها لينتفع بها المستعير، فلا يجب عليه في مقابلها شيء.

فإذا انتهت الإعارة أو فسخت، ووجب على المستعير ردّ العين المستعارة إلى المعير، وكان لردّها عليه مؤونة ونفقة، كأجرة دابة أو سيارة نقل مثلاً، كان ذلك على المستعير، لأن الردّ واجب عليه، إذ إنه قبض العين لمنفعة نفسه، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، والرد الواجب عليه لا يتم إلا بالنفقة، فهي واجبة عليه.

وقد دلّ على هذا قوله ﷺ: «على اليد ما أُخذت حتى تؤدّيه».

وجاء في رواية من حديث صفوان بن أُمية رضي الله عنه: أنه ﷺ قال له: «عاريّة مؤدّاة». (الترمذي: البيوع، باب: ما جاء في أن العاريَّة مؤداة. أبو داود: البيوع، باب: ما جاء أن العارية مؤداة. ابن ماجه: الصدقات، باب: العارية).

وهذا إذا ردّ العين المستعارة إلى المعير نفسه، فإذا استعار من مستأجر، وردّ العاريَّة إلى المالك المؤجر، فالمؤونة حينئذ على المالك، لأن المستعير يقوم في هذا مقام المستأجر في ردّ العين المستأجرة إلى المؤجِّر، ومؤونة الرد في الإجارة على المالك لا على المستأجر.

٤ ـ الرجوع بالعاريَّة وردّها:

عقد العاريَّة عقد جائز من الطرفين، أي يحقّ لكلٍّ من المعير والمستعير فسخه متى شاء ولو بغير علم الآخر ولا رضاه، فيحقّ للمعير أن يرجع بالعاريّة ويستردّ العين المستعارة متى شاء، حتى ولو كانت الإعارة مؤقتة بوقت لم ينته بعد. وكذلك يحق للمستعير أن يردّها أيضاً متى شاء. ولا يُلزم أيٌّ منهما باستمرار الإعارة، لأنها مبرّة من المعير وارتفاق من المستعير، فلا يناسبها الإلزام لأيٍّ منهما.

ويستثنى من ذلك ما إذا استعار أرضاً لدفن ميت، فليس لأحدهما فسخ الإعارة في الأرض المدفون فيها، فلا يحقّ للمعير استرداد الأرض ولا للمستعير ردّها، حتى يبلى المدفون ويندرس أثره، بأن يصير تراباً ولا يبقى منه شيء ظاهر. وذلك لأن الدفن كان بإذن، وفي النبش هتك حُرمة الإنسان،ولا يلزمه أُجرة على أيّ حال في هذا.

وكذلك يستثنى ما إذا أذن المعير في شغل المستعار بشيء يتضرر المستعير بالرجوع فيه، كما لو أعاره سفينة لنقل بضاعة وطالبه بها في لجّة البحر، أو أعاره سيارة لذلك وطالبه بها في موضع لا يستطيع فيه تحصيل غيرها، كالصحراء مثلاً، ففي هذه الأحوال لا يلزم المستعير ردّ العين المستعارة، وله أن يستمر بالانتفاع بها حتى يتمكن من ردّها بغير ضرر، ولكن يلزمه في هذا وأمثاله أُجرة المثل من حين الطلب إلى حين الردّ.

الرجوع بالأرض المعارة واستردادها:

إعارة الأرض إما أن تكون للبناء والغراس، وإما أن تكون للزراعة:

فإن أعاره للبناء أو الغراس: ثم رجع المعير عن الإعارة بعد البناء أو الغراس، يُنظر:

- فإن كان المعير قد شرط على المستعير أن يقلع ما بناه أو غرسه عند الرجوع بالإعارة وجب عليه ذلك عملاً بالشرط، لقوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم». فإن امتنع من ذلك قلعه المعير.

- وإن كان شرط عليه تسوية الأرض بعد القلع لزمه ذلك في الحالين، وإن لم يشرطه فلا يلزمه.

- وإن كان المعير لم يشترط على المستعير القلع يُخَيّر المستعير بين القلع وعدمه:

فإن اختار القلع قلع، ولا يستحق شيئاً إذا نقصت قيمة البناء أو الغراس بالقلع، لأنه ملكه وقد رضي بنقصانه حين اختار قلعه. ويلزمه تسوية الأرض على الأصح، ليصبح ما استعاره كما كان عليه حين أخذه، ليردّه كما أخذه. وإنما لزمته التسوية لأنه قلع باختياره، ولو امتنع من القلع لم يجبر عليه.

وإن لم يختر المستعير القلع: فالمعير مخيَّر بين أُمور ثلاثة، وهي:

١ ـ أن يبقي البناء أو الغراس ويأخذ أُجرة المثل.

٢ ـ أن يقلع الغراس أو يهدم البناء، ويضمن للمستعير ما ينقص من قيمة ذلك ما بين حاله قائماً وحاله مقلوعاً، كما أنه يلزم بأُجرة القلع أو الهدم.

٣ ـ أن يتملّك البناء أو الغراس بقيمته مستحق القلع، ولا بدّ أن يكون ذلك بعقد مشتمل على إيجاب وقبول.

وإنما كان التخيير للمعير لأنه هو المُحسن، ولأنه هو مالك الأرض التي هي الأصل، فإن اختار واحدة منها أجبر المستعير عليها.

وإن لم يختر المعير واحدة منها: فالأصح أن القاضي يعرض عنهما حتى يصطلحا أو يختار المعير. وقيل: إن الحاكم يبيع الأرض وما فيها، ويقسم الثمن بينهما بنسبة قيمة ما لكلٍ منهما، فصلاً للخصومة.

ولا فرق في كل ما سبق: بين أن تكون الإعارة مطلقةً أو مقيدة بوقت على الأصح، إلا أنه في الإعارة المطلقة: إذا بنى أو غرس، ثم قلع، فليس له أن يبني أو يغرس إلا بإذن جديد، فإن فعل ذلك بلا إذن كان للمعير أن يجبره على القلع وتسوية الأرض مطلقاً، والله تعالى أعلم. وأما في الإعارة المؤقتة: فله أن يبني أو يغرس مرة بعد أُخرى، طالما أن المدة لم تنته ولم يرجع المعير في الإعارة، وعند الرجوع تطبق الأحكام المذكورة أولاً.

وإن أعاره للزراعة: ثم رجع المعير عن الإعارة قبل أن يدرك الزرع: فالصحيح أن للمستعير أن يبقيه إلى أن يدرك إن كان ينقص قيمته بالقلع قبله، لأنه مال محترم، وله أمد يدرك فيه بالعادة، فينتظر. وللمعير أجرة المثل في هذه الحال على الصحيح.

ولا فرق في هذا بين أن تكون الإعارة مطلقة أو مقيّدة بمدة، إلا أنه في حال التقييد بمدة: إذا لم يدرك الزرع قبل انتهائها، لتقصير المستعير: كأن يتأخر بالزراعة، أو يكون هناك مانع منها من ثلج أو سيل ونحو ذلك، ثم يزرع في الأرض بعد زوال المانع ما لا يدرك غالباً في المدة المتبقيّة، أو يزرع غير ما استعار من أجله مما يبطىء أكثر منه، ففي هذه الحالات: للمعير أن يجبر المستعير على قلع الزرع وتسوية الأرض، وإن نقص بسبب ذلك، لأنه متعدٍّ وظالم بفعله، ورسول الله ﷺ يقول: «ليس لعرق ظالم حق». (أخرجه أبو داود في الخراج والإمارة والفيء، باب: في إحياء الموات، رقم: ٣٠٧٣. والترمذي في الأحكام، باب: إحياء أرض الموات، رقم: ١٣٧٨).

٥ ـ كيفية ردّ العين المستعارة:

يكون ردّ العين المستعارة إلى المعير بحسب الشيء المستعار عُرفاً وعادة: فالأشياء المنقولة لا بدّ من نقلها وتسليمها للمعير، ولا سيما إذا كانت نفيسة، فيختلف التسليم باختلاف نفاستها، كالجواهر والمعادن الثمينة. فربما اشترط تسليمها ليد المعير نفسه، وربما اكتفي بردّها إلى منزله وتسليمها إلى مَن ينوب منابه في قبضها، كالأوعية ونحوها.

وإذا كانت العين المستعارة غير منقولة، كالأرض والدور ونحو ذلك، كفى فيها التخلية وإزالة الموانع من استلامها والانتفاع منها.

٦ ـ الاختلاف بين المعير والمستعير:

قد يختلف المعير مع المستعير في أُمور، من ذلك:

أ ـ **الاختلاف في الرد**: كأن يدّعي المستعير أنه ردّ العين المستعارة على المعير، وينكر المعير ذلك ويقول: لم تردّها عليّ. فيُحلّف المعير على قوله ويصدّق

بيمينه، لأنه المنكر، والقاعدة في هذا: أنّ البيِّنة ـ أي الشهود ـ على المدّعي واليمين على مَن أنكر. ولأن الأصل عدم الرد إذ ثبت كون العاريَّة في يد المستعير، فالأصل أنها لا تزال في يده، فالمعير متمسّك بالأصل بقوله، والقول المصدَّق هو قول مَن يتمسك بالأصل.

ب ـ **الاختلاف في حال التلف**: لو تلفت العين المستعارة، وادّعى المستعير أنها تلفت بالاستعمال المأذون فيه، وأنكر المعير ذلك وقال: بل تلفت بغير الاستعمال، أو باستعمال غير مأذون فيه، يصدَّق هنا المستعير بيمينه، لأنه من الصعب عليه أن يقيم بيّنة على قوله، إذ ليس من العادة أن يستعمل المستعار على ملأ من الناس حتى يشهدهم على التلف. ولأن الأصل براءة ذمته من الضمان، والمعير هنا يدّعي عليه الضمان وهو ينكره تمسكاً بالأصل، والقول قول المنكر والمتمسك بالأصل بيمينه كما علمت، فيحلف المستعير على قوله ويبرأ من الضمان.

جـ ـ **الاختلاف في أصل العقد**: كأن يدّعي المالك الإجارة، ويدّعي المنتفع الاستعارة. أو أن يقول المنتفع: أعرتني، ويقول المالك: بل غصَبته منّي. فالأصح أنه يصدق المالك بيمينه، فيحلف أنه ما أعاره وإنما أجّره، أو يحلف أنه ما أعاره وإنما غصب منه.

وإنما كان القول قول المالك لأن الأصل أن لا يأذن بالانتفاع فيما يملك إلا بمقابل. فإذا حلف استحق أُجرة المثل إن مضت مدة لها أُجرة. فإذا كانت العين قائمة ردّها، وإن تلفت قبل الرد ضمنها المنتفع في دعوى الغصب، فإن كان ما يدّعيه المالك من التضمين أكثر مما يدّعيه المنتفع حلف المالك على الزيادة. وبيان ذلك أن العاريّة تضمن بقيمتها يوم التلف، والمغصوب يضمن بأعلى قِيَمه من يوم الغَصْب إلى يوم التلف، فإذا كانت القيمة متساوية فقد اتفقا، وإلا حلف المالك على الزيادة، لأنهما لم يتفقا عليها.

٧ ـ انتهاء عقد العاريّة:

ينتهي عقد الإعارة بأمور، وهي:

أ ـ طلب المعير للعاريَّة ورجوعه عن الإعارة، سواء أكان ذلك قبل انتهاء مدة الإعارة أم بعدها، لأنها عقد جائز من طرفه كما علمنا.

ب ـ ردّ المستعير للعين المستعارة على المعير، بعد انتهاء مدة الإعارة أم قبلها، لأنها عقد جائز أيضاً من طرفه.

ج ـ جنون أحد المتعاقِدَيْن أو إغماؤه، لاختلال شروط المعير والمستعير على ما علمت، إذ يشترط في المعير أهليِة التبرّع وفي المستعير أهلية التبرّع عليه، والمجنون والمغمى عليه ليسا أهلاً لذلك.

د ـ موت المعير أو المستعير، لأنها عقد إباحة الانتفاع بالإذن، وبموت المعير لم يبق صاحب الإذن، وبموت المستعير لم يبق المأذون له.

هـ ـ الحجر بالسفه على المعير أو المستعير، لأنه لم يبق المحجور عليه أهلاً للتبرع، فلا تصح الإعارة، فتفسخ.

و ـ الحَجْر بالفلس على المالك، لأنه يمتنع عليه التبـرع بمنافع أمواله، حفظاً لمصلحة دائنيه.

الباب الرابع

الشركة



الشركة

تعريفهـا:

الشركة: بكسر الشين وسكون الراء هو الأفصح، ويصحّ بفتح الشين وكسر الراء أو سكونها.

وهي في اللغة: الاختلاط بعقد أم بغير عقد.

وتطلق على الاختلاط في الأموال، ومنه قوله تعالى: ﴿ وإنْ كان رجلٌ يُورَثُ كلالةً أو امرأةٌ وله أخٌ أو أُختٌ فلكلٍ واحدٍ منهما السُّدُس فإن كانوا أكثرَ من ذلك فهم شركاءُ في الثلث ﴾ (النساء: ١٢).

[يورث كلالة: أي يرثه كلالة، وهم الورثة غير الفروع مطلقاً وغير الأصول من الذكور. والمراد بهم هنا إخوة الميت من أمه].

كما تُطلق على الخلطة في غير الأموال، ومنه قوله تعالى: ﴿ هارونَ أخي. اشدُدْ به أزْري. وأشْرِكْه في أمري ﴾ (طه: ٣٢).

وهي في اصطلاح الفقهاء: ثبوت الحق في شيء واحد، لاثنين فأكثر، على جهة الشيوع، لا على جهة التعيين، كأن يملك اثنان فأكثر أرضاً، دون أن تعيَّن منها حصة كل واحد منهم. وهذا تعريف الشركة بمعناها العام، الذي يتناول ما كان منها بعقد وما كان بغير عقد. وأما تعريفها بالمعنى الخاص:

فهي عقد يحدث بالاختيار بقصد التصرّف وتحصيل الربح.

أقسامها:

من التعريف يتبين لنا أن الشركة قد تكون بقصد الربح، وقد تكون لغير ذلك، ولهذا جعلها العلماء قسمين: شركة أملاك، وشركة عقد.

فشركة الأملاك: أن يملك اثنان فأكثر شيئاً واحداً. وقد يكون ذلك قهراً عنهما، أي بغير فعلهما ولا إرادتهما، كما لو ورثاه معاً، وقد يكون اختيارياً، أي بفعل منهما ورغبتهما، كأن يشتريا شيئاً واحداً معاً، أو يقبلا هبته لهما من أحد ونحو ذلك.

وحكم هذه الشركة: أن كل واحد من الشريكين أجنبي في نصيب الآخر، فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذنه، إذ لا ولاية لأحدهما على مال الآخر.

وهذه الشركة ليست هي المقصودة بالكلام في باب الشركة لدى الفقهاء، وإنما تبحث كل صورة منها في موضعها من الباب الفقهي المتعلقة به، من هبة أو إرث أو وصية ونحو ذلك.

وأما شركة العقد: فهي المقصودة بالبحث في باب الشركة هنا، وقد مرّ بك تعريفها، وهي أنواع، منها ما هو مشروع ومنها ما ليس بمشروع، وستتكلم عن هذا بالتفصيل - إن شاء الله تعالى - بعد الكلام عن مشروعية الشركة وحكمة مشروعيتها.

مشروعيتها:

الشركة على العموم مشروعة وجائزة، ودلّ على هذه المشروعية:

القرآن: ومن ذلك آية الميراث التي مرّت بك، وفيها: ﴿ فهم شركاءُ في الثلث ﴾ فهي صريحة في جواز الشركة، إذ إن الله تعالى جعل الإخوة للأم شركاء في الثلث، يقتسمونه بينهم بالسوية. ويُستأنس لها أيضاً بما جاء على لسان داود عليه السلام من قوله تعالى: ﴿ وإن كثيراً من الخُلَطاء لَيَبْغي بعضُهم على بعض ﴾ (ص: ٤٤). والخلطاء هم الشركاء، وقلنا يُستأنس ولم نقل يُستدل لأن هذا واردٌ في شرع مَن قبلنا، والأصح أنه ليس بشرع لنا.

السنّة: وفي ذلك أحاديث كثيرة، منها:

١ - ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه، عن النبي ﷺ قال: «يقول الله تعالى: أنا ثالث الشريكين ما لم يخُنْ أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجتُ من بينهما». (أبو داود في البيوع والإجارات، باب: في الشركة، رقم: ٣٣٨٣).

ومعنى الحديث: أن الله تعالى يشمل الشريكين ـ أو الشركاء ـ بالحفظ والمعونة، فيمدّهما بالبركة في أموالهما وتجارتهما، طالما أنهما على الصدق والأمانة، فإذا زاغا عن الصدق وعدلا عن الأمانة رفعت البركة من تجارتهما، وحُجبت الإعانة عنهما، فيكون النزاع والخصام، والفشل والخسران.

٢ ـ حديث السائب بن أبي السائب رضي الله عنه: أنه كان شريك النبي ﷺ قبل البعثة في التجارة، فلما جاء يوم الفتح قال: «مرحباً بأخي وشريكي، لا يداري ولا يماري». (أخرجه أبو داود في الأدب، باب: في كراهية المراء، رقم: ٤٨٣٦). فقوله: «شريكي» إقرار منه ﷺ لمشروعية الشركة، إن كان من قوله ﷺ، وإن كان من قول السائب رضي الله عنه فسكوته ﷺ إقرار منه له.

[يداري: أصله يدارىء بالهمز، وجاء بالياء تسهيلاً ليوافق لفظ يماري، ويدارىء من درأ بمعنى دفع. ويماري: من المراء وهو الجدال].

ومعنى الحديث: كنتَ شريكاً متسامحاً، توافقني في عملي، فلا تخالفني ولا تنازعني.

٣ ـ ما رواه البراء بن عازب رضي الله عنه: أنه كان وزيد بن أرقم رضي الله عنه شريكين، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فأمرهما: «أن ما كان بنقد فأجيزوه، وما كان نسيئة فردّوه». (مسند أحمد: ٤/٣٧١).

[نسيئة: أي إلى أجَل].

وهذا أيضاً إقرار منه ﷺ لجواز الشركة.

كما كان الناس يتعاملون بالشركة فيما بينهم، ولم ينكر عليهم ﷺ. وعلى هذا جرى التعامل بين المسلمين في كل العصور، دون إنكار من أحد، فكان ذلك إجماعاً.

حكمة تشريع الشركة:

الناس متكاملون في قدراتهم ومواهبهم وإمكانياتهم، خلقهم الله عزّ وجل متفاوتين في هذا كله، لا يستطيع واحد منهم أن يستقل بكل ما تتطلبه الحياة، ولكنه يكمل ذلك بالتعاون مع غيره، ليستقيم العيش، ويكون الرزق الحلال،

وصدق الله عزّ وجل إذ قال: ﴿ نحن قَسَمْنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضَهم فوق بعضٍ درجاتٍ ليتّخذ بعضُهم بعضاً سُخْرِيّاً ورحمةُ ربك خيرٌ مما يجمعون ﴾ (الزخرف: ٣٢).

فقد يوجَد مَن لديه المال الوفير، ولكن ليس لديه الخبرة الكافية في إدارة الأمور، ويوجد مَن لديه الخبرة، ولكن ليس عنده القدرة الجسدية اللازمة، أو لا يملك المال الكافي للقيام بعملٍ ما، فيضمّ بعضهم ما لديه من قدرات إلى ما عند غيره، فتتوفر دعائم العمل، وتتيسَّر أسباب التجارة الرابحة، فيكون التكامل، ويتحقق التعاون. وهذا ما تحققه الشركة بين الشركاء، فتقدم للمجتمع منافع جمّة ربما حرم منها لو بقي كل فرد مستقلاً بجهوده ومواهبه وممتلكاته، فكانت الحاجة ماسّة والمصلحة مُلِحّة لتشريع الشركة. وشـرع الله تعالى الذي جاء للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم، على أسس سليمة وقواعد أخلاقية قويمة، ما كان ليقف دون تلبية تلك الحاجة أو تحقيق هذه المصلحة، فكان من سموّ تشريعه وكمال تقنينه أن شرع الشركة وأجازها، ووضع لها الضوابط والأحكام التي من شأنها أن تجلب ما فيها من نفع وخير، وتدفع ما قد يكون فيها من مفسدة وشر.

أنواع الشركة والمشروع منها

شركة العقد يمكن أن تحصل على صور متعدّدة يحصرها الفقهاء في أربعة أنواع، وهي: شركة العِنان، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان، وشركة الوجوه.

١ ـ **أما شركة العِنان**: **فهي** أن يشترك شخصان أو أكثر في التجارة بأموال لهم، على أن يكون الربح بينهم. **وهذا النوع من الشركة جائز ومشروع** باتفاق الفقهاء، وسنتكلم عنه بالتفصيل بعد الكلام عن الأنواع الثلاثة الأُخرى.

٢ ـ **وأما شركة المفاوضة**: **فهي** أن يشترك اثنان فأكثر في أموالهم عامة، ويكونوا شركاء في كل ما لدى كلٍّ منهم، وكلٌّ منهم وكيل عن الآخر وكفيلٌ له، يشاركه في كل مغنَم وعليه ما يصيبه من كل غرم.

وهذا النوع من الشركة باطل عند الشافعية رحمهم الله تعالى، لما تنطوي عليه من الغرر الكبير، لما فيها من الوكالة بالمجهول والكفالة به، وكل منهما باطل لو انفرد فكيف إذا اجتمعا؟ ولذا قال الشافعي رحمه الله تعالى: إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة، فلا باطل أعرفه في الدنيا.

وقد أجازها غير الشافعية رحمهم الله تعالى بقيود وشروط تكاد تجعلها لا وجود لها أصلاً في الواقع، والله تعالى أعلم.

٣ ـ **وأما شركة الأبدان (وتسمى شركة الأعمال)**: **فهي** أن يشترك اثنان أو أكثر ـ لا مال لهم ـ على أن يتقبلوا أعمالاً ويقوموا بها، سواء أكانوا متفقين في الحِرْفة أم مختلفين ـ على أن يكون الربح بينهم متساوياً أو متفاوتاً. وذلك كالحمّالين والخيّاطين وغيرهم من أصحاب الصناعات والحِرَف المشروعة.

وهذا النوع من الشركة باطل أيضاً، لما فيه من الضرر المنهي عنه شرعاً، لأنه ربما قام بعضهم بأعمال تفوق ما قام به غيره بكثير، وربما قام أحدهم بالعمل كله ولم يقم غيره بشيء، فيكون في ذلك غبن حين يتقاسم الشركاء ثمار العمل، ولا تطمئن نفس مَن قام بالجهد أن يبذل نتاج جهده لغيره بدون مقابل.

وقد أجازها الأئمة غير الشافعية ـ رحم الله تعالى الجميع ـ للحاجة الداعية إليها، إذ إن الحكمة من مشروعية الشركة تنمية المال كما علمت، وهذا النوع من الشركة يكون به تحصيل أصل المال للشركاء، وربما كانت الحاجة لتحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنمية ما هو موجود منه، والله تعالى أعلم.

٤ ـ **وأما شركة الوجوه**: فهي أن يشترك اثنان فأكثر ممّن لهم وجاهة عند الناس وحُسْن سمعة، على أن يشتروا السلع في الذمة إلى أجل، مشترِكين أم منفرِدين، ويكون المشترى مشتركاً بينهم، ثم يبيعوا تلك السلع، فما كان من ربح كان بين الشركاء، يقتسمونه بالسوِيّة أو حسب الاتفاق.

وهذا النوع باطل أيضاً، لعدم وجود المال المشترك بينهم، والأصل في الشركة المال. ولوجود الضرر فيها أيضاً، لأن كلًّا من الشركاء يعاوض صاحبه بكسب غير مقابلٍ بعمل أو صنعة أو ما إلى ذلك. فلم يكن الربح هنا نماءً للمال، ولا مقابلاً للعمل، فلا يستحق.

وكذلك أجاز هذه الشركة غير الشافعية رحمهم الله تعالى جميعاً، للحاجة إليها على ما سبق في التي قبلها، والله تعالى أعلم.

شــركة العِنان

علمنا مما سبق أن شركة العِنان هي النوع المشروع من الشركة باتفاق الفقهاء، وهي - في الحقيقة - النوع الشائع والمتعارف لدى الناس في الشركات، وهو الأصل فيها، لما فيه من معنى الاشتراك فعلاً، إذ إن مال الشركة في الأصل مشترك بين الشركاء، وهذا هو الأصل في الشركة، سواء أكان الاشتراك بالعمل أم لم يكن، وإن كان الغالب هو الاشتراك به أيضاً.

وقد علمت أنها اتفاق اثنين فأكثر على أن يشتركوا بمال من الجميع، يتاجرون به، على أن يكون الربح لهم.

وسمِّيت شركة عِنان تشبيهاً لكلٍّ من الشركاء براكب الدابة، الذي يمسك بإحدى يديه عنانها ويعمل بالأخرى، وذلك أن كل شريك يجعل للشركاء غيره أمر التصرّف - الذي يشبه بالعنان - في بعض ماله، بينما يستقل هو بالعمل في بعضه الآخر، أو لأن كلًّا من الشركاء يملك بها أن يتصرف بمال شريكه في الشركة كما يملك الراكب التصرّف بالدابة بواسطة عنانها.

شــروطها:

يُشترط لصحة هذا النوع من الشركة شروط هي:

١ - **الصيغة**: وهي لفظ صريح من كلٍّ من الشركاء للآخرين، يدل على الإذن في التصرف بالبيع والشراء ونحوهما من متعلقات التجارة. ويكفي في ذلك ما يدل على هذا المعنى ويشعر به، مما تعارفه التجار فيما بينهم من ألفاظ.

والأصح أنه لا يكفي الاقتصار على قولهم اشتركنا، لاحتمال أن يكون هذا إخبار عمّا حصل لهما من الشركة في المال كشركة الأملاك، كما لو ورثا مالاً من مورِّث واحد، فلا يلزم من ذلك جواز التصرّف.

وقيل يكفي ذلك، لدلالته على الشركة وفهم المقصود منه عرفاً.

٢ ـ **أهلية الوكالة في الشركاء**: بأن يكون كل منهما عاقلاً بالغاً غير محجور عليه التصرّف في ماله، لأن كل واحد من الشركاء يتصرف بمال الشركة: أصالة في ماله ووكالة ـ أي بالإذن ـ في مال غيره، فكلٌّ منهم وكيل وموكِّل.

٣ ـ **أن يكون مال الشركة مثلياً**: بحيث إذا خلطت الأموال لا يتميز بعضها عن بعض، كالعملات المتعارفة اليوم، وكالموزونات والمكيلات إذا كان مال كل من الشركاء من جنس مال الآخرين، كالبرّ والشعير والحديد إذا كانت الأموال على صفة واحدة.

فإذا كان رأس مال الشركة ـ أو مال أحد الشركاء ـ عروضاً، أي أعياناً متميزة غير مثليـة لم تصحّ الشركة، لأنها لا يمكن خلطها بحيث لا تتميز، وقد يتلف مال أحدهم أو ينقص فلا يمكن أن يعوّض عنه من مال الآخرين.

وطريقة تصحيح الشركة في حال كون رأس مالها عروضاً: أن يبيع كل منهم جزءاً من عروضه للآخر بجزء من عروضه، فيصيرا شركاء في العروض كلها، فيأذن كل منهم للآخر بالتصرّف، فإذا باعاها كان الثمن بينهما.

وكذلك إذا كان مال أحدهما نقداً ومال الآخر عروضاً: باع صاحب العروض جزءاً منها بجزء من نقد الآخر واشتركا في الجميع.

وعلى هذا لو ملكا عرضاً ـ إرثاً أو شـراءً أو غيرهما ـ وأذن كلٌّ منهما للآخر بالتصرّف في نصيبه تجارة تمّت الشركة بينهما.

٤ ـ **خلط أموال الشركة**: بعدما يتفق الشركاء على الشركة، لا بدّ وأن يحضروا الأموال التي تصحّ فيها الشركة على النحو الذي سبق، وأن تخلط هذه الأموال ـ إن لم تكن مشتركة ـ بحيث لا يتميز بعضها عن بعض، ثم يجري عقد الشركة بعد ذلك. فإن جرى العقد قبل خلط المال لم تصحّ الشركـة ولو خُلطت

الأموال في مجلس العقد بعد إجرائه، ولا بدّ من إعادة التعاقد بعد الخلط لتصحّ الشركة.

وهذا إذا أخرج كلٌّ من الشركاء مالاً وحصل العقد على ذلك، فإذا ملك الشركاء قبل عقد الشركة مالاً بالاشتراك بينهم ـ إرثاً أو شراءً أو هبة أو نحو ذلك ـ ثم حصل عقد الشركة فإنه يصحّ، ولا يشترط اقتسامهم له ثم خلطه، لأن المقصود من الخلط ـ وهو عدم تمييز مال كلٍّ منهم على حدة ـ حاصل.

٥ ـ **أن يكون الربح والخسران على قدر المال:** لأن الربح نماء المال، وكذلك الخسارة نقصان له بمقابل الربح. فلا يصحّ أن يُشْرَط لأحد الشركاء زيادة في الربح عن قدر نسبة ماله من رأس المال، كما لا يصحّ أن يشرط عليه زيادة في الخسارة أو نقص عن ذلك. ولا يشترط التساوي في المال لكل الشركاء، فلو اشترك أحدهم بالربع والآخر بالنصف والثالث بالربع صحّ، وكان الربح ربعه للأول ونصفه للثاني وربعه للثالث، وكذلك توزع الخسارة، سواء اشترك الجميع بالعمل أم لم يشترك بعضهم، وسواء تساوَوْا في العمل حين الاشتراك أم اختلفوا.

فإن شُرِط تفاوت في الخسارة كانت الشركة باطلة باتفاق الفقهاء، وإن اشترط تفاوت في الربح عن قدر رأس المال لم تصحّ الشركة أيضاً، فلو حصل البيع والشراء من الشركاء نفذت تصرفاتهم لوجود الإذن منهم بالتصرّف، وكان لكلٍّ منهم الربح بقدر نسبة رأس ماله، ويرجع على الآخرين بأُجرة المثل.

وأجاز الحنفية والحنابلة رحمهم الله تعالى أن يكون للشريك ربح أكثر من نسبة ماله من رأس مال الشركة، وذلك في الصور التالية:

١ ـ أن تتساوى أموال الشركاء، كأن يكون من كلٍّ منهم الثلث مثلاً، ويكونوا جميعاً قائمين بالعمل، فيصحّ أن يشرط لأحدهم زيادة في الربح عن نسبة رأس ماله، لأنه قد يكون أكثر مهارة في عمله من غيره، فتكون الزيادة مقابل عمله ومهارته.

٢ ـ أن يتساوى الشركاء في المال ويكون العمل على بعضهم، ويكون للقائمين بالعمل زيادة في نسبة الربح عن نسبة أموالهم.

٣ ـ أن يتفاوت الشركاء في نسبة الاشتراك بالمال، كأن يكون من أحدهم الثلث ومن الآخر الثلثان مثلاً، ويشتركا في العمل، جاز أن يكون لأحدهما زيادة في نسبة الربح عن نسبة ماله، كأن يتساويا في الربح أو يزيد أحدهما عن الآخر، لاحتمال أن يكون عمله أكثر ومهارته أفضل، فتكون الزيادة مقابل ذلك.

٤ ـ أن يتفاوتا في رأس المال كما سبق في الصورة قبلها، ويكون العمل على مَن كان رأس ماله أقل، على أن يتساويا في الربح أو تزيد نسبة ربح مَن كان قائماً في العمل، فيصحّ أيضاً، وتكون الزيادة مقابل عمله.

وينبغي أن ينتبه إلى أن الزيادة تصحّ لمن صحّت له إذا كانت في ضمن نسبة الربح المخصَّصة له، كأن يكون نصيبه كله نسبة مئوية من الربح العام، خمسين بالمائة مثلاً أو ستين أو أكثر أو أقلّ، أما أن يعطى نسبة مستقلة من الربح مقابل عمله، أو أن يعطى قدراً معيناً ـ كألف مثلاً كل شهر ونحو ذلك ـ فلا يصحّ باتفاق الفقهاء.

وعلى هذا يتبيّن لنا فساد الكثير من عقود الشركات التي يقوم بها الناس، والتي يخصِّصون فيها لبعض الشركاء ـ سواء أكان مستقلاً بالعمل أم مشتركاً مع غيره من الشركاء ـ راتباً شهرياً مقطوعاً من الشركة غير نصيبه من الربح، أو نسبة متميزة من الربح، كالربع ـ مثلاً ـ أو النصف مقابل عمله، ثم يقاسم بعد ذلك الشركاء فيما تبقى بنسبة رأس ماله. وليحذر هؤلاء المخالفون من عقاب الله تعالى، وليعلموا أن الكسب من عقد فاسد كسب خبيث لا يبارك الله تعالى فيه.

هذا ولا نرى مانعاً من العمل بما قاله الحنفية والحنابلة رحمهم الله تعالى، لا سيما في هذه الأزمان التي أصبح الناس لا يرضون فيها بالقليل، ولا يقنعون بربح يتوافق وما آتاهم الله تعالى من مال، وإن كان الأورع أن يكون العمل متفقاً عليه لدى فقهاء الأمة، وهو الأحوط في دين الله عزّ وجل.

ما يترتب على صحة العقد من آثار:

إذا توفرت شروط شركة العِنان صحّت وترتب على ذلك الآثار التالية:

١ ـ تُطلق يـد كل من الشركاء في مال الشركة، لأنه وكيل عن شركائه وأصيل عن نفسه، ولكن يتقيد هذا الإطلاق بالعُرف وعدم الإضرار بالشركاء.

وعليه: فلا يبيع بالنسيئة ـ أي بتأجيل الثمن إلى زمن معين ـ ولا بغير النقد الغالب في البلد، كما لا يبيع ولا يشتري بغبن فاحش، ولا يسافر بمال الشركة، إلا إذا أذن له الشركاء في شيء مما ذُكر فإنه يصحّ تصرّفه فيه، فإذا لم يأذنوا له به كان تصرفه باطلاً.

٢ ـ يجب العمل على الشركاء حسب الاتفاق.

٣ ـ إذا اشترى أحدهم شيئاً بمال الشركة ـ بالشرط المذكور سابقاً ـ كان الشراء للجميع، لأنه وكيل عنهم، إلا أن البائع يطالب المشتري وحده، لأن الشركاء الآخرين غير كافلين له.

فساد الشركة وما يترتب عليه:

علمنا أن للشركة شروطاً إذا تحققت كان العقد صحيحاً، وترتبت عليه آثاره السابقة، وإذا اختلّ شيء منها كانت الشركة فاسدة.

فإذا علم فسادها قبل البدء بأعمال الشركة لم يترتب على ذلك شيء من آثار العقد، وينبغي تجديد العقد على وجه صحيح إذا أُريد الاستمرار بالشركة.

وإذا تبين الخلل بعد البدء بأعمال الشركة وجب التوقف عن الاستمرار بذلك، وتجديد العقد على وجه صحيح إذا أُريد الاستمرار بها، وترتب على تبيّن فساد الشركة فيما مضى الأمور التالية:

١ ـ يقسم ما ظهر من ربح على الشركاء بمقدار ما لكل من رأس المال، لأن الربح استفيد من المال، وقد تبيّن بطلان الشركة، فيرجع إلى الأصل وهو المال، فتكون نسبة ربح كلٍّ من الشركاء بنسبة مشاركته بالمال.

٢ ـ يرجع كل شريك على الشركاء الآخرين بأُجرة عمله من أموالهم الخاصة، لأنه تبيّن أنه كان أجيراً لهم وليس شريكاً.

٣ ـ كلُّ ما قام به الشركاء من تصرفات تعتبر نافذة، لأن كلاًّ منهم تصرّف بإذن من الآخرين.

انتهاء عقد الشركة الصحيحة:

ينتهي عقد الشركة بأمور، وهي:

١ ـ **فسخ عقد الشركة** من قبل الشركاء أو بعضهم، فإن عقد الشركة عقد جائز، أي لكلٍّ من الشركاء أن يفسخه متى شاء، والفسخ إنهاء لها، فإذا كانا شريكين فقد انتهت الشركة بينهما، وإن كانوا أكثر وفسخ أحدهم بقيت الشركة في حق مَن لم يفسخ.

٢ ـ **موت الشركاء،** فإذا مات الشركاء فقد انتهت الشركة، لزوال المُلْك عن المتعاقِديْن وخروجهم عن أهلية التصرّف، لأن الشركة تتضمن الوكالة كما علمنا ولا تنتقل إلى الورثة، لأن الورثة لم يتعاقدوا على الشركة. فإذا مات أحد الشركاء: فإن كانا شريكين فقد انتهت الشركة أيضاً، وإن كانوا أكثر من اثنين انتهت الشركة في حق مَن مات وحده، وبقيت قائمة بين الشركاء الآخرين، لأن الوكالة في حقهم باقية، وتصرفهم جائز وصحيح.

ويكون الفسخ والانتهاء من تاريخ وفاة الشريك ولو لم يعلم الشركاء الآخرون، لأن الموت عَزْل حكمي عن الوكالة بالتصرّف.

٣ ـ **الجنون أو الإغماء:** فإذا جُنّ أحد الشركاء أو أُغمي عليه فقد انفسخت الشركة في حقه وانتهت، لزوال العقل الذي هو مناط التكليف، لكن يُشترط في الإغماء أن يستغرق وقت فرض صلاة حتى تنفسخ به الشركة، فإن لم يستغرق ذلك لم يؤثر.

وفي حال الجنون ينتقل الحكم إلى الوليّ: فإن شاء اختار قسمة المال، وإن شاء اختار استئناف الشركة بعقد جديد.

وأما في حال الإغماء: فإن رُجي زواله عن قرب لم ينتقل الحكم إلى وليّه، لأنه لا يولى عليه في هذه الحالة. فإذا أفاق: فإن شاء اختار القسمة، وإن شاء استأنف الشركة بعقد جديد ولو بلفظ التقرير. فإن أيس من إفاقته عن قُرْب، أو استمر إغماؤه ثلاثة أيام فأكثر انتقل الحكم إلى وليّه كما في الجنون، فإن شاء اختار قسمة المال، وإن شاء استأنف الشركة.

الباب الخامس

القراض

"المضاربة"



القراض

تعريفه:

القراض: مشتق من القرض وهو القطع، سمي به هذا العقد لأن مالك المال يقطع من ماله جزءاً يعطيه للعامل يتصرف فيه، كما يقطع له جزءاً من ربح هذا المال. ويسمى مقارضة، وهي المساواة، لتساويهما في الربح.

والمضاربة: مشتقة من الضرب في الأرض وهو السفر، سمِّيت به هذه الشركة لأن الغالب فيها السفر لجلب البضاعة وتسويقها وجلب الربح ونحو ذلك.

وهذه الشركة في عُرْف الفقهاء: أن يدفع مالك المال مالاً لغيره ليعمل به ويتجر فيه، على أن يكون الربح مشتركاً بينهما. ومن هنا سمِّيت شركة، لاشتراكهما في الربح.

مشروعيته:

هذا النوع من الشركة جائز ومشروع، دلّ على مشروعيته السنّة، وانعقد عليه إجماع المسلمين.

ـ فقد روى عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن أبيه العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه: أنه كان إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه: أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة، فإن فعل ذلك ضمن. فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجازه. (أخرجه البيهقي في كتاب القراض: ٦/١١١).

ـ وعن صهيب رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «ثلاث فيهنّ البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وخلط البُرّ بالشعير للبيت لا للبيع». (أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب: الشركة والمضاربة، رقم: ٢٢٨٩).

وهذه الأحاديث وإن كان في سند كلٍّ منها ضعف، لكنها بمجموعها تقوى فتصبح مقبولة صالحة للاحتجاج بها، ولا سيما وقد أيدها عمل الصحابة رضي الله عنهم وإجماعهم على مشروعية هذا العمل.

وإليك نماذج من هذا العمل:

روى زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال: خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنهم ـ في جيش إلى العراق، فلما قفل مرّا على أبي موسى الأشعري رضي الله عنه ـ وهو أمير البصرة ـ فرحب بهما وسهّل، ثم قال: لو أقدر لكما على أمرٍ أنفعكما به لفعلت. ثم قال: بلى، هاهنا مال من مال الله أُريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين، فأسلفكماه، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة، فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون الربح لكما. فقالا: وددنا ذلك. ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلما قَدِما باعا فأربحا، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكلَّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما، أدّيا المال وربحه. فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه. فقال عمر: أدّياه، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال.

ـ وعن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جدّه: أن عثمان ـ رضي الله عنه ـ أعطاه مالاً قراضاً يعمل فيه، على أن الربح بينهما.

(أخرجهما مالك في الموطأ: أول كتاب القراض، باب: ما جاء في القراض: ٦٨٧/٢. والبيهقي في السنن: كتاب القراض: ١١١/٦).

ـ وعن حكيم بن حزام رضي الله عنه: أنه كان يشرط على الرجل إذا أعطاه

مالاً مقارضة يضرب له به: أن لا تجعل مالي في كبد رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنزل به بطن مسيل، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي. (أخرجه البيهقي في السنن: القراض: ٦/١١١).

فهذه الآثار عن أصحاب رسول الله ﷺ تدل على تعاملهم بالقراض، وجرت منهم على علم ومسمع من غيرهم، ولم ينقل عن أحد منهم إنكار لها، فصار ذلك إجماعاً على مشروعيته.

وعلى هذا أجمعت الأُمة في جميع الأعصار.

حكمة مشروعيته:

علمنا أن حكمة مشروعية الشركة عامة هو تنمية المال، وتحقيق التعاون بين أفراد المجتمع، وتحقيق التكامل بين القدرات والإمكانات والكفايات، بالاستفادة ممّن لديه المال الكثير وقد تكون الخبرة لديه قليلة، والاستفادة ممّن لديه الخبرة الواسعة وربما كان المال لديه قليلاً، إلى غير ذلك من الصور..

وهذا المعنى في الشركة عامة يوجد في المضاربة على أتمّ وجه وأعلى نسبة، لما فيها من تحصيل المال أصلاً لمن لا يوجد لديه غالباً، وتحقيق الفائدة لمن عنده المال ولا خبرة عنده أصلاً، فكانت الحاجة ماسّة إلى هذا النوع من الشركة، لتحقيق التعاون والنفع بين هذين الصنفين من الناس، ورعاية للمصلحة العامة في الاستفادة من وظيفة المال التي هي قوام معاش الناس، والخبرة التي وهبها الله عزّ وجل لتسخر في أُمور الناس: ﴿ ورفعنا بعضهم فوق بعضٍ درجات ليتّخِذَ بعضُهم بعضاً سُخْرِيّاً ﴾ (الزخرف: ٣٢).

حكم عقد القراض:

عقد القراض والمضاربة عقد جائز، أي غير لازم، بمعنى أن كلًّا من المتعاقِدَيْن ـ أي صاحب المال والعامل ـ له الحق أن يفسخ هذا العقد، سواء أبدأ العامل بالتصرّف ـ أي الشراء والبيع ونحو ذلك ـ أم لم يبدأ.

فإذا كان الفسخ قبل الشروع بالعمل لم يجز للعامل أن يتصرف بشيء من رأس المال، لأنه تصرف في غير ملكه بغير إذن مالكه.

وإذا كان الفسخ بعد الشروع بالعمل توقف العامل ـ أي الشريك المضارب ـ عن شراء شيء جديد، ووجب عليه بيع ما لديه من سلع بالنقد المتعامل به في البلد، واستيفاء الديون العائدة إلى هذه الشركة، ثم يجري الحساب، ويستردّ صاحب المال رأس ماله، ويتقاسمان الربح بينهما حسب اتفاقهما.

أركان عقد المضاربة:

أركان عقد المضاربة ثلاثة: صيغة، وعاقدان، ورأس مال.

١ ـ **الصيغة**: وهي الإيجاب والقبول بألفاظ تدل على الرضا بهذا العقد وهذه الشركة.

فالإيجاب: كقوله: ضاربتك وقارضتك وعاملتك، وما يؤدي هذه المعاني من الألفاظ كقوله: خذ هذه الدراهم واتجر فيها، وما يحصل من ربح بيننا مناصفة، أو ثلث لي وثلثان لك، ونحو ذلك.

والقبول: أن يقول العامل المضارب: قبلت ذلك، أو رضيت، أو نحو ذلك مما يدل على الرضا بهذا.

ويشترط في الصيغة: أن تكون منجزة، فلا يصح تعليقها على شرط، كإذا جاء رمضان فقد قارضتك، ونحو ذلك.

كمايشترط أن يكون القبول متصلاً بالإيجاب عُرفاً، فلو فصل بينهما سكوت طويل أو كلام لا علاقة له بالعقد لم يصحّ.

٢ ـ **العاقدان**: وهما صاحب المال والعامل.

ويشترط فيهما أهلية الوكالة والتوكيل، لأن المالك كالموكِّل والعامل كالوكيل، إذ إن العامل يتصرف في مال صاحب المال بإذن منه. فلو كان أحدهما محجوراً عليه لسفه ـ أي لسوء تصرفه بالمال ـ لم يصحّ العقد، وكذلك لو كان العامل أعمى، لأنه ليس أهلاً لأن يكون وكيلاً في البيع والشراء وأعمال التجارة. أما لو كان صاحب المال أعمى لم يضرّ ذلك، لأنه يصح منه أن يوكل غيره بذلك.

٣ ـ **رأس المال:** ويشترط فيه:

١" ـ أن يكون من النقود، كالدراهم والعملات المتعارفة اليوم، ولا يصحّ أن يكون عروضاً ـ أي سِلَعاً ـ تجارية، لأن في ذلك غرراً فاحشاً، إذ يصبح كل من الربح ورأس المال مجهولاً، لأن العرض تختلف قيمته بين يوم قبضه ويوم بيعه أو ردّه. والأصل في عقد القراض أنه فيه غرر، لأن العمل فيه غير مضبوط، والربح غير موثوق به، وإنما جاز لحاجة الناس إليه كما بيّنّا، فلا يضاف إليه غرر آخر، ولذا يقتصر فيه على ما يروج بكل الأحوال وتسهل التجارة به، وهو النقود.

٢" ـ ويشترط أن يكون رأس المال معلوم المقدار، فلا تصحّ المضاربة على مال مجهول القدر، كي لا يكون الربح مجهولاً.

٣" ـ أن يكون معيناً، فلا تصحّ المضاربة على مال في الذمّة، إلا إذا أخرجه في مجلس العقد وعيّنه، وكذلك لا تصحّ على دَيْن له في ذمة العامل، إلا إذا نقده في المجلس أيضاً.

٤" ـ أن يكون مسلَّماً إلى العامل، أي أن يكون في يد العامل وهو وحده الذي يتصرف فيه. فلا يصحّ اشتراط أن يكـون المال في يد المالك أو غيره، ليعطى العامل منه ثمن ما يشتريه في كل صفقة، كما لا يصحّ أن يشترط عليه مراجعة صاحب المال في كل تصرّف، لأنه قد لا يجده عند الحاجة إلى ذلك، فيكون في ذلك تضييق عليه وإضرار به.

شروط عقد المضاربة:

١ ـ الإطلاق وعدم التقييد:

يُشترط في المضاربة أن تكون مطلقة، أي لا تصحّ المضاربة فيما إذا قيّد صاحب المال العامل بشراء شيء معين كهذه السجادة مثلاً، أو نوع معين من شخص معين كحنطة زيد، أو من بلد صغير، كحنطـة هذه القرية وهي صغيرة قليلة الإنتاج، أو معاملة شخص بعينه، كالشراء من عمرو وبيعه، أو المتاجرة بشيء يندر وجوده.

ولا يشترط تعيين مدة للقراض، فإن عيّن مـدة لا يتحقق فيها الغرض، أي لا يتمكن فيها من الشراء للبضاعة المطلوب المتاجرة فيها، وكذلك بيعها وتسويقها ليحصل الربح الذي هو المقصود من هذا التعامل، فسدت هذه الشركة.

وإن عيَّنَ مدّةً يتمكّن فيها من الشراء، ومنعه من الشراء بعدها ولم يمنعه من البيع صحّ ذلك، لحصول الاسترباح بالبيع الذي له فعله بعد تلك المدة.

٢ ـ اشتراكهما في الربح واختصاصهما به:

يشترط أن يكون الربح مشتركاً بين صاحب المال والعامل، ليأخذ المالـك نماء ماله والعامل ثمرة جهده، فيملك صاحب المال الربح بملكه والعامل بعمله، فلو شرط الربح لأحدهما خاصة فسدت الشركة، لمخالفة هذا الشرط لمقتضى العقد.

ولو شرط أن يكون الربح كله للعامل فسد العقد، وكان الربح كله لصاحب المال، واستحقّ العامل أُجرة مثله، لأنه عمل طامعاً في المنفعة والربح.

ولو شرط أن يكون الربح كله لصاحب المال فسد العقد أيضاً، ولم يكن للعامل شيء، لأنه يعتبر متبرعاً في هذه الحالة بالعمل، إذ لم يكن لديه طمع في أن يحصل على شيء من الربح.

ويشترط أن يكون نصيب كلٍّ منهما من الربح معلوم القدر بالجزئية، أي أن يكون نصيباً شائعاً معلوماً، كالربع مثلاً، أو خمسين في المائة، أو أكثر أو أقل.

فلا يصحّ العقد إذا لم يكن نصيب كلٍّ منهما من الربح معلوماً، لأن الربح في هذا العقد هو المقصود، فهو محل العقد، أي المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد، كجهالة المبيع في البيع.

وكذلك لا يصحّ العقد إذا كان الربح المشروط لأحدهما قدراً معيناً بالعدد، كأن يشرط أن يكون لأحدهما ألف مثلاً من الربح، أو أكثر أو أقل، لاحتمال أن لا يكون الربح كله أكثر من هذا المقدار، فيختصّ به مَن شرط له، فلا يتحقق اشتراكهما في الربح، فلا تكون شركة، ولا يكون التصرّف قراضاً أو مضاربة، فيفسد العقد. وفي هذه الحالة يكون الربح كله لصاحب المال، ويكون للعامل أُجرة مثله.

وكذلك الحال لو شرط للعامل نصيب جزئي من الربح ومقدار معين منه، كأن يشرط له راتب شهري قدره ألف ـ مثلاً ـ وخمسة في المائة من الربح، للمعنى المذكور قبله، واحتمال أن لا يكون الربح أكثر مما عيّن له.

وعليه يتبيّن فساد الكثير من تصرفات الناس في هذا الزمن، حيث يتعاقدون مع مَن يعمل بأموالهم، على أن يتقاضى راتباً شهرياً معيّناً، ويكون له نسبة معينة من الأرباح عند الجَرْد السنوي أو غيره.

وكذلك يشترط أن يكون الربح خاصاً بهما، أي بصاحب المال والعامل، ولا يجوز أن يشرط جزء منه لغيرهما، إلا إذا شرط عليه أن يعمل مع العامل، فيكون قراضاً بين صاحب المال وعامِلَيْن أو أكثر.

٣ ـ استقلال العامل بالتصرّف والعمل:

فلا تصحّ المضاربة إذا شرط فيها أن يشارك صاحب المال العامل في العمل والتصرّف، لأن شرط ذلك يعني بقاء المال على يد صاحب المال، وقد علمنا أنه يشترط أن يكون المال في يد العامل.

فإذا لم يشرط ذلك، واستعان العامل بصاحب المال في العمل، جاز ذلك، لأن الاستعانة به لا توجب خروج المال من العامل إليه.

يد العامل المضارب:

العامل المضارب يده يد أمانة على المال الذي استلمه، وكذلك السلع التي اشتراها به أو بجزء منه. والمراد بيد الأمانة: أنه لا يضمن ما تلف في يده من أموال المضاربة إلا إذا تعدّى أو قصر في واجبه. وذلك بخلاف مَن كانت يده يد الضمان على ما في يده، فإنه يضمن مطلقاً، سواء أقصّر أم لم يقصّر، تعدّى أم لم يتعدّ.

ومن التعدّي أن يفعل ما ليس له فعله، مما سنذكره بعد قليل.

الخسارة على صاحب المال:

ولما كانت يد المضارب يد أمانة كانت الخسارة عند انتهاء المضاربة على صاحب المال وحده، وليس على العامل منها شيء، لأنها في حكم تلف بعض مال المضاربة، وهو غير ضامن لذلك طالما أنه لم يتعدّ ولم يقصّر.

ما ليس للمضارب فعله:

هناك أُمور لا بدّ للمضارب من التزامها وعدم مخالفتها، ومنها:

١ ـ أن لا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال المدفوع إليه وما يحصل معه من ربح، لأن المالك لم يرضَ أن يشغل ذمته بأكثر من ذلك.

٢ ـ لا يسافر بالمال إلا بإذن من صاحبه، لأن السفر يغلب فيه الخطر على المال، فإن أذن له جاز بحسب الإذن إن قيّده، وإن أطلق الإذن سافر إلى البلاد المأمونة بحسب ما جرت به عادة التجّار.

٣ ـ لا يبيع بالنسيئة، أي بتأجيل الثمن إلى أجل، إلا إذا أذن له المالك بذلك، لاحتمال تلف المال في هذا.

٤ ـ لا يجوز له أن يقارض عاملاً آخر ليشاركه في العمل والربح على الأصح، حتى ولو أذن له صاحب المال بذلك، لأن موضوع القراض: أن يكون أحد العاقدين مالكاً لا عمل له، والآخر عاملاً لا ملك له، ومقارضة العامل لآخر على خلاف ذلك، إذ إنه يجري بين عاملين لا ملك لهما.

فإذا حصل مثل ذلك كان العقد الثاني باطلاً، وبقي العقد الأول على صحته. فإن تصرّف العامل الثاني بما دفع له من مال كان له أُجرة مثله من صاحب المال، وكان ربح المال الذي دفع له كله لصاحب المال، وليس للعامل الأول منه شيء لأنه لم يعمل شيئاً لتحصيله.

٥ ـ لا ينفق على نفسه مال المضاربة حال الإقامة في بلده قولاً واحداً، لأن العُرْف لا يقضي بذلك، ولأن النفقة قد تستغرق الربح كله، فيلزم من ذلك انفراد العامل به دون صاحب المال، وهذا ينافي شروط هذا العقد، وإذا لم تستغرقه لزم أن يختصّ بجزء معين من الربح، وهذا ينافيه أيضاً.

والأظهر أنه ليس له الإنفاق أيضاً حال السفر، للمعنى المذكور. وقيل: له أن يأخذ ما يزيد على النفقة بسبب السفر إذا أنفق بالمعروف.

وقال الحنفية رحمهم الله تعالى: له أن يأخذ جميع نفقته من مال المضاربة إذا سافر، لأنه أصبح بالسفر محبوساً لها، فاستحق النفقة مقابل احتباسه.

ولا نرى مانعاً من الأخذ بهذا الرأي إذا دعت الحاجة إليه، على أن لا يشرط ذلك في العقد، لأن شرط مثل ذلك في العقد يفسده.

ما على العامل فعله:

على العامل أن يقوم بكل عمل يلزم للمضاربة إذا كان من عادة أمثاله القيام به، أو كان من عادة التجّار ونحوهم القيام به بأنفسهم، حتى ولو لم يعتد هو بالذات فعل ذلك.

فإذا استأجر على القيام بما يلزمه فعله عرفاً كانت الأُجرة في ماله خاصة، لا في مال القراض، ولو شرط على المالك الاستئجار عليه من مال المضاربة لم يصحّ العقد، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد، إذ إن مقتضاه أن غير المالك للمال هو الذي يقوم بالعمل. وما لا يلزمه القيام به من العمل حسب العُرْف له أن يستأجر عليه من مال المضاربة، لأنه من تتمّة التجارة ومصالحها، والعُرْف لا يلزمه بالقيام به، حتى ولو اعتاد فعله. ولكن لو قام به بنفسه كان متبرعاً، ولم يجز له أن يأخذ أجرة مثله من مال المضاربة، لأنه يكون قد استأجر نفسه، وذلك غير صحيح.

متى يملك العامل حصته من الربح؟

إذا استلم العامل رأس مال المضاربة وتصرّف به في البيع والشراء، وظهر فيه ربح بهذا التصرّف، فالأظهر أن العامل لا يملك حصته من هذا الربح حتى ينض جميع المال، أي تباع السلع جميعها ويعود المال نقداً، ثم يتقاسم المالك والعامل الربح بعد تمييز رأس مال المضاربة منه، لأنه من المحتمل أن تحصل خسارة قبل القسمة، فتُجبر من الربح، لأن الربح في هذه الشركة وقاية للمال.

على أن حق العامل في هذا قبل القسمة مؤكد، ولذا لو أتلف المالك مال المضاربة أو استردّه قبل القسمة غرم للعامل نصيبه من الربح الذي ظهر. ولو مات العامل كذلك قبل القسمة ورث عنه هذا النصيب.

ما يطرأ على رأس المال من النقص:

إذا طرأ على رأس مال المضاربة بعد العقد نقص، فمَن يتحمل هذا النقص؟

للجواب على ذلك نقول: يُنظر:

ـ فإن كان النقص قد طرأ قبل تصرف العامل به ودون تعدٍّ منه أو تقصير: فالأصح أنه يكون من رأس المال، ويتحمله المالك، لأن عقد المضاربة يتأكد بالعمل والتصرّف، وذلك لم يحصل بعد.

ـ وإن طرأ النقص بعد التصرف يُنظر:

- فإن كان ذلك بسبب رخص الأسعار بعد الشراء به، أو عيب حدث كمرض في الحيوان أو فساد في الثمار مثلاً، فهو محسوب من الربح ومجبور به ما أمكن قولاً واحداً، لاقتضاء العُرْف ذلك، ولأن الربح وقاية للمال كما علمنا.
- وإن كان ذلك النقص حصل بسبب آفة سماوية كحريق أو غريق ونحو ذلك، أو غصب أو سرقة، فالأصح ـ أيضاً ـ أنه يحسب من الربح ويُجبر به.

انتهاء عقد المضاربة:

ينتهي عقد المضاربة بأمور، هي:

١ ـ **الفسخ**، فقد علمنا أن عقد القراض عقد جائز، لكلٍّ من المالك والعامل فسخه متى شاء، قبل تصرّف العامل أو بعده، وسواء أكان الطرف الآخر حاضراً أم غائباً، رضي أو لم يرضَ.

فإذا فسخه أحدهما أو كلاهما فقد انتهت المضاربة من تاريخ الفسخ، ولو لم يعلم الآخر بذلك، ويحصل بقول المالك: فسخت القراض أو أبطلته، أو لا تتصرف بعد الآن، ونحو ذلك.

وليس للعامل بعد الفسخ أن يشتري شيئاً من مال المضاربة، ولو اشترى شيئاً به قبل العلم لم ينفذ شراؤه. وله أن يبيع ما عنده من عروض إذا توقع فيها ربحاً ظاهراً، وعليه أن يبيعها ليصبح رأس المال نقوداً ويظهر الربح، إن طلب المالك منه ذلك. كما يلزمه إستيفاء الديون الراجعة لمال القراض.

٢ ـ **موت أحد المتعاقدين**، لأن من شرطها أهلية التوكيل كما علمت، وبالموت تبطل الوكالة. ولكن لو مات المالك كان للعامل بيع ما في يده لينضّ المال،

أي يصبح نقوداً، بغير إذن ورثة المالك، استصحاباً لإذن المالك السابق، وليظهر الربح. بخلاف ما لو مات العامل، فإنه ليس لورثته تنضيض المال إلا بإذن المالك، لأنه لم يرضَ بتصرّفهم، وإنما رضي بتصرف مورِّثهم.

٣ ـ **جنون أحد العاقدين أو إغماؤه**، وإن زال ذلك عن قُرْب، لأن كلًّا منهما لو قارن العقد لم يصحّ، فكذلك إذا طرأ عليه قطعه. ويقوم العامل بتنضيض المال لو كان الذي جُنّ أو أُغمي عليه المالك، وولي العامل بإذن المالك لو كان الذي جُنّ أو أُغمي عليه العامل.

٤ ـ **هلاك رأس مال المضاربة**: لأنه محل العقد، فإذا هلك لم يبق معنى للعقد، وسواء أكان ذلك التلف بآفة سماوية كالحريق والغريق، أم بإتلاف المالك، أم العامل، ولكن يستقر نصيب العامل فيما إذا كان المُتْلِف هو المالك.

فإذا كان المتلف هو العامل: فإذا لم يُؤخذ منه البدل انتهت المضاربة، وإن أُخذ منه البدل استمرت. وكذلك الأمر إذا أتلفه غيرهما: إن لم يؤخذ منه بدل انتهت المضاربة، وإن أُخذ منه بدل لم تنته.

والمطالب بالبدل في هذه الحالة: المالك إن لم يكن ربح، فإن كان ربح كانت المطالبة للمالك والعامل، لأنهما مشتركان في البدل.

اختلاف العامل والمالك:

١ ـ لو اختلف العامل والمالك في الربح، فقال العامل لم أربح شيئاً، أو: لم أربح إلا كذا، صُدّق العامل بيمينه، لأن الأصل عدم الربح. فإذا أقرّ بربح قدر معين، ثم ادّعى غلطاً في الحساب، لم يقبل قوله، لأنه رجوع عمّا أقرّ به من حق لغيره، فلا يقبل.

٢ ـ ولو اختلفا في شيء: فقال المالك: اشتريته للقراض، وقال العامل: اشتريته لنفسي، أو بالعكس، صُدِّق العامل أيضاً بيمينه إن كان الشراء في الذمة، لأنه مؤتمن، وهو أدرى بقصده. ولو كان الشراء بعين مال القراض: فإنه لا يقبل قوله ولو نواه لنفسه، فيقع المشترى للقراض.

٣ ـ ولو اختلفا في قدر رأس المال أو جنسه، فالمصدَّق العامل أيضاً بيمينه، لأن الأصل عدم دفع زيادة عليه.

٤ ـ ولو اختلفا في دعوى تلف رأس المال: فقال المالك: تلف بتعدٍّ أو تقصير، وقال العامل: بل بلا تعدٍّ ولا تقصير، صدِّق العامل بيمينه، لأنه مؤتمن، والأصل عدم الخيانة والضمان.

٥ ـ ولو اختلفا في ردّ رأس المال: فادّعى العامل ردّه، والمالك عدم ردّه، صدّق العامل بيمينه، لأنه مؤتمن، وكل أمين ادّعى الرد على مَن ائتمنه صُدِّق بيمينه.

٦ ـ ولو ادّعى المالك بعد تلف المال أنه قرض، وادّعى العامل أنه قراض، صُدِّق المالك بيمينه، لأن العامل اعترف بالقبض وادّعى سقوط الضمان، والأصل عدم سقوطه.

ومثله: لو ادّعى العامل القراض، وادّعى المالك التوكيل، صدق المالك بيمينه، لأنه أعلم بقصده. ولا أُجرة للعامل، لأنه مقر بعدم استحقاق الأجر.

٧ ـ ولو اختلفا في المشروط له: أهو الربع أم الثلث ونحو ذلك؟ تحالفا، أي حلف كل منهما على ما ادّعاه، لاختلافهما في عِوَض العقد مع اتفاقهما على صحته، فكل منهما مدَّعٍ ومدّعى عليه، فيحلف كل منهما على إثبات دعواه ونفي دعوى الآخر، فإذا حلفا كان للمالك جميع الربح لأنه نماء ملْكه، وللعامل أُجرة مثل عمله، لأنه لا يمكن رجوعه بعمله، فيرجع بقيمته، وهي أُجرة المثل.

البَابُ السَّادِس

الوَديعَـــة



الوَديعَـــة

تعريفها:

هي ـ في اللغة ـ ترك الشيء عند غير صاحبه ليحفظه، وتطلق على الشيء المتروك. مشتقة من الوَدْع وهو التَرْك، ورد في الحديث: «لينتهينّ أقوام عن وَدْعهم الجُمُعــات، أو ليختمنّ الله على قلوبهم، ثم ليكــونُنّ مـن الغــافـلين». (مسلم: في الجمعة، باب: التغليظ في ترك الجمعة، رقم: ٨٦٥).

والمراد بقوله: «ودعهم الجمعات» أي صلاة الجمعة، وتكرار ذلك منهم.

وهي في الاصطلاح الشرعي: تطلق ويراد بها الشيء المودوع، كما تطلق بمعنى العقد وهو الإيداع، وهذا هو المقصود في الباب غالباً، وهي بهذا المعنى: توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مخصوص، على وجه مخصوص.

والمراد بالمملوك: ما يصحّ تملّكه شرعاً، كالأعيان الطاهرة والمباحة الاستعمال، وبالمحترم المخصوص: ما لا يصحّ تملّكه شرعاً، ولكن يصحّ وضع اليد عليه والاختصاص به، كالكلب المعلّم، ومعنى محترم: أي غير مأمور بإتلافه.

وسنوضّح هذا عند الكلام عن أركان الوديعة.

مشروعيتها:

الوديعة مشروعة، وقد دلّ على مشروعيتها القرآن والسنّة والإجماع:

أما القرآن:

فقوله تعالى: ﴿ إن اللهَ يأمركم أن تؤدُّوا الأمانات إلى أهلها ﴾ (النساء: ٥٨) وقولـه تعالى: ﴿ فإنْ أَمِنَ بعضُكم بعضاً فليؤدِّ الذي اؤتمن أمانته ﴾ (البقرة: ٢٨٣).

والأمانة لفظ عام، يتناول كل ما استُحفظ عليه الإنسان من دَيْن أو عين، والائتمان على العين هو الوديعة. وأداؤها يعني: أن يكون المؤتمن موضعَ حُسْن ظن مَن ائتمنه، فيحفظ ما استودع عنده أو اؤتمن عليه، ويردّه على صاحبه.

والأمر بردّ الأمانات وحفظها يتضمن الإخبار بمشروعيتها.

وأما السنّة:

فما رواه أبو هريرة رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «أدِّ الأمانة إلى مَن ائتمنك، ولا تخُنْ مَن خانك». (أخرجه أبو داود في البيوع والإجارات، باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم: **٣٥٣٥**. والترمذي في البيوع، باب: حدّثنا أبو كريب. . ، رقم: **١٢٦٤**).

ووجه الاستدلال بالحديث هو نفس الاستدلال بالآيتين.

وروي أنه ﷺ كانت عنده ودائع لأهل مكة، فلما أراد الهجرة أودعها عند أُم أيمن بركة الحبشية رضي الله عنها، وأمر علياً أن يردّها على أصحابها.

وأما الإجماع:

فقد اتفق علماء المسلمين في كل عصر ـ من لدن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا ـ على أن الوديعة جائزة ومشروعة.

حكمة مشروعيتها:

واضح أن الحكمة من مشروعية الوديعة هي التيسير على المسلمين، وتحقيق مصلحتهم ودفع الحرج والضرر عنهم. فهم في حاجة شديدة لأن يستعين بعضهم ببعض لحفظ أمواله، وصيانة أمتعته:

فقد يكون لدى أحدهم مال، ولا يكون عنده موضع أمين يحفظه فيه، أو يكون عاجزاً عن دفع الأيدي الآثمة عنه، ويكون هناك مَن عنده حرز لحفظ هذا المال، ولا يُصطلى له بنار، فلا يجرؤ أحد من السفهاء أن يقترب من داره أو مخزنه، فيستودعه ماله.

وقد يكون أحدهم يريد سفراً لقضاء مصالحه، ولا يأمن أن يترك ماله وما لديه دون رعاية أو إشراف.

وكذلك قد يكونُ المرء في السوق، فيشتري من السلع ما يحتاج إليه من مواضع متعدِّدة، ولا يتمكن من حمل هذه الأمتعة والتجوّل بها من مكان لآخر، فيستودعها مَن يحفظها له إلى أن يقضي عمله.

وكثيراً ما يقتني الناس سلعاً، قد لا يحتاجونها الآن، وإنما يحتاجون إليها في مستقبل الأيام، ولا يجدون المكان الذي يحفظونها فيه في دورهم ونحوها.

فالحاجة داعية في كل ما سبق إلى الإيداع والاستيداع، والله تعالى يقول: ﴿ يريد الله بكم اليُسْر ولا يريد بكم العُسْر ﴾ (البقرة: ١٨٥). فمشروعية الوديعة تيسير ومنعها عسر، وهو سبحانه يقول: ﴿ وتعاونوا على البِرِّ والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ﴾ (المائدة: ٢). وفي مشروعيتها تعاون على البرّ، ومنع من الإثم والعدوان، والله تعالى أعلم.

حكمهـا:

يتناول الوديعة الأحكام الخمسة، وهي:

١ ـ **الاستحباب**: فالأصل في الوديعة أنها مستحبة، أي مندوبة، وذلك إذا كان الوديع قادراً على حفظها، واثقاً من أمانة نفسه، وكان يوجد غيره ممّن هو مثله في الأمانة والقدرة على الحفظ، وذلك لما فيها من عون المسلم لأخيه، ورسول الله ﷺ يقول: «والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه». (مسلم: الذكر والدعاء، باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن..، رقم: ٢٦٩٩).

٢ ـ **الوجوب**: ويصبح قبول الوديعة واجباً على الوديع، إذا عُرضت عليه وكان أميناً واثقاً من أمانة نفسه وقدرته على حفظها، ولا يوجد غيره مثله، لأن في عدم قبوله لها تضييعاً للمال، وفي قبولها صيانة لمال غيره، ورسول الله ﷺ نهى عن إضاعة المال[1]، وبيّن حُرمة مال المسلم فقال: «حرمة مال المؤمن كحُرمة دمه»[2]. فكما يجب على المسلم أن يدافع عن أخيه ويصونه من أن يُسفك

(١) انظر البخاري: الزكاة، باب: قول الله تعالى: ﴿ لا يسألون الناس إلحافاً ﴾ رقم: ١٤٠٧. ومسلم: الأقضية، باب: النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة..، رقم: ٥٩٣.

(٢) انظر مسند أحمد [١/٤٤٦].

دمه، كذلك يجب عليه أن يحافظ على ماله إن خاف ضياعه.

٣ ـ **الكراهة**: وقد يكون قبول الوديعة مكروهاً في حق الوديع، وذلك إذا كان أميناً وقت عرضها عليه، ولكنه لا يثق أن يبقى أميناً في المستقبل، فيكره له قبولها خشية الخيانة فيها وتضييعها على مالكها.

٤ ـ **التحريم**: أي يحرم على الوديع قبول إيداع ما عُرِضَ عليه إيداعه، وذلك إذا كان يعلم من نفسه العجز عن حفظها، لأن في قبوله للوديعة ـ والحالة هذه ـ تضييعاً لها، وتعريضها للتلف، فيدخل تحت النهي عن إضاعة المال.

٥ ـ **الإباحة**: بمعنى أن للوديع أنْ يقبل الإيداع وله أن لا يقبل، ويستوي الحال بالنسبة إليه. وذلك في حال أنه لا يثق بأمانته في المستقبل، أو كان عاجزاً عن حفظ الوديعة، وعلم المالك المودِع بحاله، ورضي بإيداعها عنده.

أركان الوديعة وشروطها

لعقد الوديعة أركان ثلاثة هي: العاقدان، والصيغة، والشيء المودَع، ولكلٍّ منها شروط:

١ ـ **العاقدان**: وهما المودِع المالك للشيء المودَع، والوديع وهو الذي تعرض عليه الوديعة ويُسْتَحْفَظُ عليها.

ويشترط في كلٍّ منهما: أهلية التوكيل، لأن الوديعة وكالة في الحفظ، فكلّ مَن صحّ توكيله صحّ دفع الوديعة إليه، وكلّ مَن صحّ أن يوكِّل غيره صحّ إيداعه عند غيره.

وسيأتي معنا في باب الوكالة: أنه يشترط في الموكل والوكيل أن يكون كل منهما عاقلاً بالغاً، تصحّ مباشرته التصرّف الذي وَكَّل فيه إن كان موكِّلاً، والذي وُكِّل فيه إن كان وكيلاً.

فلا يصحّ أن يكون الصبي أو المجنون مودِعاً أو وديعاً، لأن كلاًّ منهما ليس من أهل الوكالة لأنه غير مكلف. وكذلك لا يصّحّ أن يكون المحجور عليه لسفه وديعاً، لأن الوديعة تصرّف مالي، وهو محجور عليه فيه.

وكذلك لا يصحّ استيداع غير المسلم مصحفاً، لأنه لا يمكَّن من حمله ومسِّه. فلو أودَعَ أحد شيئاً عند واحد من هؤلاء فتلف، لم يضمن، وإن قصّر الوديع في الحفظ، لأن المودِع قد قصّر في الإيداع عنده.

٢ ـ **الصيغة**: وهي الإيجاب والقبول، وذلك بأن يقول المالك المودِع: أودعتك

هذا الثوب، ويقول الوديع: قبلت. ويمكن أن يتقدّم كلام الوديع على كلام المودِع، كأن يقول: أودِع عندي ثوبك هذا، فيقول: أودعت.

ولا يشترط أن يكون لفظ من العاقدين، بل يكفي أن يكون لفظ من أحدهما وفعل من الآخر. فلو قال المودع: أودعت كتابي هذا عندك، فاستلمه الوديع كفى. وكذلك لو قال الوديع: أودع عندي متاعك هذا، فدفعه إليه المودِع المالك ولم يتكلم، صحّت الوديعة.

ولا يشترط أيضاً أن يكون صريحاً في الوديعة، بل يكفي أن يكون اللفظ كناية، مع نيّة الوديعة ووجود قرينة تدل عليها. كأن يقول: ضع لي هذا عندك، أو خذه أمانة، أو أنَبْتُك في حفظه، ويقبضه الوديع.

٣ ـ **الشيء المودَع**: ويطلق عليه لفظ الوديعة في أكثر الأحيان.

ويشترط فيه أن يكون محترماً، أي مملوكاً أو محرزاً، ولو لم يكن مالاً، أي غير متموّل شرعاً، كحبات قليلة من الحنطة مثلاً، أو كان نجساً، ككلب صيد أو زبل.

فلو كان غير محترم شرعاً، كخنزير أو آلة لهو، فلا يجوز إيداعه ولا استيداعه، ولا تنطبق عليه أحكام الوديعة.

ما يترتب على عقد الوديعة:

إذا حصل الإيداع وصحّ عقد الوديعة ترتّب عليه الأحكام التالية:

١ ـ **وجوب حفظ الوديع لما أُودع عنده**، لأن الإيداع من جانب المالك استحفاظ وائتمان، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ، فيلزمه ذلك لأنه في حكم اشتراطه عليه، والحديث يقول: «المسلمون على شروطهم». (الترمذي: الأحكام، باب: ما ذُكر عن رسول الله ﷺ في الصلح. . ، رقم: ١٣٥٢).

وعلى الوديع أن يحفظ الوديعة في حرزِ مثلها، في مكان أمين تُحفظ فيه عادةً. وكذلك عليه أن يحفظها بنفسه، وليس له أن يحفظها بغيره كولده أو زوجته أو أجيره، لأن المودِع قد رضي بأمانته وأن يجعل متاعه تحت يده، ولم

يرضَ بأمانة غيره ويده. فإذا أذن له المالك بحفظه بغيره جاز له ذلك، وكذلك إذا كان له عذر في هذا، كما إذا طرأ له سفر أو وقع حريق، ولم يستطع ردّ الوديعة إلى المالك، أو وكيله أو القاضي، فله أن يدفعها إلى مَن يحفظها.

٢ ـ **عقد الوديعة عقد جائز،** أي لكلٍّ من العاقِدَيْن فسخه متى شاء دون إذن العاقد الآخر. فللمودِع أن يستردّ الوديعة متى شاء، وللوديع أن يردّها عليه أيضاً متى شاء.

فإذا طلبها المالك وجب على الوديع ردُّها له عند طلبه قدر الإمكان، لقوله تعالى: ﴿ إنّ اللهَ يأمركم أن تؤدُّوا الأماناتِ إلى أهلها ﴾ (النساء: ٥٨).

ولا يعني ردُّها حملَها إلى صاحبها، وإنما المراد أن يخلّي بينه وبينها.

٣ ـ **صفة يد الوديع**: يد الوديع على الوديعة يد أمانة، أي لا يضمنها إذا تلفت عنده إلا إذا فرط في حفظها أو تعدى عليها. **ودليل ذلك**:

ـ قوله ﷺ: «ليس على المستودَع غير المُغِلّ ضمان». (أخرجه الدارقطني في البيوع، رقم: ١٦٧).
ـ ولأنه لو كان ضامناً لامتنع الناس عن قبول الودائع، فيكون في ذلك حرج على الأمة.
ـ ولأن الوديع متبرع بالحفظ ومُحسِن ـ وإن كان قد التزمه ـ والله تعالى يقول: ﴿ ما على المحسنين من سبيل ﴾ (التوبة: ٩١).
ـ ولأن يده على الوديعة تقوم مقام يد المالك، فكان هلاكها من يد المالك.

وعلى هذا: لو أودعه على أنه ضامن مطلقاً، أو أنه غير ضامن مطلقاً، لم يصحّ الإيداع.

متى تُضمن الوديعة؟

علمنا أن الوديعة أمانة في يد الوديع، لا يضمنها إذا تلفت بدون تعدٍّ منه عليها، أو تقصير في حفظها. هذا هو الأصل، وقد تصبح مضمونة عليه في الحالات التالية:

١ ـ إذا أودعها عند غيره، بلا إذن من المودع ولا عذر، كما سبق، فإنها تصبح مضمونة عليه.

فإذا أودعها ـ في هذه الحالة ـ عند مَن لا يصحّ إيداعها عنده، فهلكت، كان للمالك أن يُضمِّن أيّهما شاء، فإن ضمَّن الثاني وكان جاهلاً بالحال رجع على الأول بما ضمن، لأنه وديع غير متعدٍّ، فلا يضمن. وإن كان عالماً أن الذي أودع عنده ليس بمالك، وإنما يودع عنده وديعة غيره وبدون إذنه، لم يرجع عليه بما ضمن، لأنه في هذه الحالة غاصب لا وديع.

٢ ـ **ترك الحفظ**: علمنا أن واجب الوديع حفظ الوديعة، فإذا ترك ذلك، ثم هلكت الوديعة كان ضامناً لها. ويكون ترك الحفظ بما يلي:

أ ـ بنقل الوديعة من مكان إلى مكان آخر دونه في الحرز، لأن في ذلك تعريضاً لها للتلف. فإذا كان ما نقلت إليه مساوياً لما نقلت منه في الحرز، أو أحرز منه، فلا ضمان عليه، لأن مَن رضي بحرز رضي بمثله، ورضي بما هو أحرز منه من باب أولى. إلا إذا نهاه المودع عن نقلها، أو كان الطريق فيه خطر عليها، فإنه يضمن في الحالتين إن نقلها وتلفت، لأن ذلك تعدٍّ منه وتقصير.

ب ـ ويكون ترك الحفظ أيضاً: **بترك دفع الأخطار عنها وما يتلفها**، لأن دفع مثل ذلك عن الوديعة واجب ما أمكن، لأنه من جملة حفظها. وذلك كما لو أودعه حيواناً، فترك علفه أو سقيه مدّة يموت مثله فيها، فمات فإنه يضمنه، سواء أمره المالك بعلفه وسقيه أم سكت، لأن ذلك واجب عليه حقاً لله تعالى، وبه يحصل الحفظ الذي التزمه بقبوله الإيداع.

وكذلك لو كانت الوديعة مما يحتاج إلى تعريض للشمس والريح كالصوف مثلاً، أو وضع عقاقير لتحفظه. فإن نهاه المالك عن دفع ما يسبِّب إتلاف الوديعة، فترك ذلك وتلفت، فإنه لا يضمن على الصحيح، لأن المالك هو الذي أذن في إتلاف ما يملك. وإذا كانت الوديعة حيواناً أثم بدفع التلف عنه إن أمره المالك بهذا، لحُرمة الروح ولم يضمن.

٣ ـ **استعمال الوديعة والانتفاع بها**: بأيّ وجه من وجوه الاستعمال والانتفاع، فيضمنها إذا تلفت ولو بعد ترك الاستعمال والانتفاع، لأنه تعدّى باستعماله ملْك غيره بغير إذنه، وبالتعدّي ارتفع الحكم الأصلي للوديعة وهو كونها أمانة في يده، فلا يعود إلا بتجديد للعقد، فإذا تلفت قبل تجديد العقد كانت مضمونة عليه.

٤ ـ **السفر بالوديعة**: إذا طرأ للوديع سفر من بلد الإيداع فليس له أن يسافر بالوديعة، لأن واجبه حفظها في الحرز والسفر ليس من مواضعه. فيجب عليه ـ في هذه الحالة ـ ردّها على مالكها أو وكيله إن كان غائباً، فإن كانا غائبَيْن وجب عليه أن يدفعها إلى الحاكم إن كان يؤتَمن عليها، وإلاّ دفعها إلى أمين يحفظها.

فإن سافر بها مع وجود مَن يمكن دفعها إليه ممّن ذُكر كان ضامناً لها، وإن لم يجد أحداً منهم كان معذوراً أن يسافر بها، لأن السفر بها أحوط في حفظها من تركها عند مَن لا يؤتمن عليها.

وهذا الذي ذكر في حق مَن طرأ له السفر هو حكم مَن مرض مرضاً يخاف منه الموت، ومَن حَضَرَتْهُ أسباب الوفاة، فإن لم يجد مَن يدفعها إليه أوصى بها، وإلا كان ضامناً لها إذا تلفت بعد الموت، لأنه يعرّضها للفوات على مالكها بترك ما ذكر، إذ قد يدّعي الوارث أنهـا ملْك مورِّثه، اعتماداً على الظاهر، لأنها تحت يده وفي حَوْزته.

٥ ـ **إنكار الوديعة بغير عذر**: فإذا طلب المودع الوديعة، فأنكر الوديع أن له وديعة عنده، ثم تلفت، فإنه يضمنها حتى ولو عاد فاعترف بها بعد الإنكار، لأنه بإنكاره صار غاصباً لها، ويد الغاصب يد ضمان، وقد ارتفع عقد الوديعة بالإنكار، فلا يعود إلا بالتجديد.

فإن كان له عذر بالإنكار فإنه لا يرتفع به عقد الوديعة، وتبقى أمانة في يده، فإذا تلفت لا يضمنها. وذلك كما إذا أُجبر المالك على طلبها غاصب أو ظالم، وعلم الوديع أنه إن اعترف بها استردّها المالك وانتزعها منه غير المحقّ

بأخذها، فأنكرها ظاهراً دفعاً للضرر عن المالك، ثم تلفت بعد هذا، فإنه لا يضمنها، لأنه غير متعدٍّ.

٦ ـ **الامتناع من ردّها بعد الطلب**: علمنا أن الوديعة عقد جائز، ويترتب على ذلك: أن المودع له أن يفسخه ويطلب ردّ الوديعة، وفي هذه الحالة يجب على الوديع أن يردّها عليه فوراً، أي أن يخلّي بينه وبينها كما علمنا. فإن امتنع عن ردّها أو أخّره من غير عذر ضمن، لأنه تعدّى بحبس ملك غيره بغير عذر ولا رضاً منه. فإن أخّر ذلك لعذر، كأن طلبها في وقت لا يتمكن فيه من الردّ، أو خشي إن ردّها عليه أن يغصبها منه متسلِّط، ونحو ذلك، فإنه لا يضمن.

٧ ـ **خلط الوديعة بغيرها**: على الوديع أن يحفظ الوديعة في حرز مثلها، دون أن يخلطها بماله أو متاعه الذي لا تتميز عنه إذا خلطت به. فإذا خلطها ـ أو اختلطت بنفسها دون قصد منه ـ فإنه يضمنها، لأنه تعدّى بخلطها، والمالك لم يرضَ باختلاطها بغيرها. فإذا كانت تتميّز عمّا اختلطت به أو خلطت، كأن كانت دراهم فاختلطت بدنانير، أو نقود سورية اختلطت بغيرها، فإنه لا يضمنها، لسهولة تمييزها، فإن كان تمييزها صعباً ـ كما لو كانت قمحاً فاختلطت بشعير ـ فإنه يضمنها، لعُسْر تمييزها، فهو في حكم عدم التمييز.

وفي حال الضمان: يضمن مثلها إن كانت مثلية، أو قيمتها إذا لم تكن مثلية، ولكن يضمنها بأغلى القيم من يوم الإيداع إلى وقت التلف، كالمغصوب، وتصبح ملكاً له.

٨ ـ **مخالفة شرط المودِع**: كما إذا أمره أن يحفظ الوديعة بمكان معين أو بطريقة معينة، فخالف في هذا وحفظها في مكان غيره، أو بطريقة أُخرى، فتلفت بسبب هذا التغيير، فإنه يضمنها، لأن التلف حصل من جهة مخالفته.

ومن ذلك ما إذا خالف ما هو المعتاد في الحفظ، كما لو وضع على الصندوق قفلين، وقد كان يضع قفلاً واحداً، فسُرقت، فقيل: إنه يضمن، لأنه بذلك أغرى السارق بنفاسة ما فيه. والأصح أنه لا يضمن، لأن ما فعله مزيد احتياط في الحفظ.

الوديعة عند اثنين:

إذا أودع رجل وديعة عند اثنين:

فإن كانت مما يُقسم ـ كالنقود مثلاً ـ: فلهما أن يقسماها، ويأخذ كل واحد منهما نصفه ويحفظه عنده، فإن دفعها أحدهما للآخر كاملة ضَمِنَ نصفها، لأن المالك رضي بحفظهما للجميع ولم يرضَ بواحد منهما. وقيل: لا يضمن لأن المالك رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يدفعها للآخر.

وإن كانت مما لا يقسم: جاز لكل واحد منهما أن يدفعها إلى الآخر، ولا ضمان عليه قولاً واحداً، لأنه لا يمكن حفظها إلا في مكان واحد، والمالك يعلم أنهما لا يجتمعان على حفظها دائماً، فكان دفعه لها دليلاً على رضاه بحفظ أحدهما.

إيداع الاثنين عند واحد:

إذا أودع اثنان وديعةً عند وديع واحد، ثم جاء أحدهما يطلب استردادها، أو استرداد نصيبه منها، فهل للوديع أن يجيبه إلى طلبه؟

والجواب: أنه ليس للوديع أن يدفع إليه شيئاً منها، لأنهما اتفقا على الإيداع، فينبغي أن يتفقا في الاسترداد. فإذا أراد أن يسترد نصيبه خاصة رفع الأمر إلى القاضي، ليقسم الوديعة ويردّ إليه نصيبه.

انتهاء الوديعة:

تنتهي الوديعة باسترداد المودِع للشيء المودَع، كما تنتهي بردّ الوديع له على المودِع، وإن كان يحرم على الوديع ردّها حيث وجب القبول ولم يُرد المالك الرد، كما يكره حيث ندب القبول ولم يرد المالك الرد.

كما تنتهي بموت المودع أو الوديع، لأن العقد جرى بينهما.

وكذلك تنتهي بجنون أحدهما أو إغمائه، وبالحَجْر على المودِع لسفه، وكذلك بالحَجْر على الوديع لفلس.

وتنتهي أيضاً بنقل المالك ملكيتها إلى غيره ببيع أو هبة أو نحو ذلك.

وبانتهاء الوديعة يرتفع حكمها، وفي حال انتهائها بغير الردّ أو الاسترداد تصبح أمانة شرعية في يده كالضالّة، فيجب عليه ردّها لمالكها أو وليّه ـ إن عرفه ـ فوراً عند تمكّنه من ذلك، وإن لم يطلبها، والمراد بالردّ هنا الإعلام بها أو بمحلّها، فإن غاب مَن ذُكر ردّها للقاضي الأمين. فإن قصّر في هذا ضمنها إن تلفت في يده بعد انتهاء الوديعة.

الباب السابع

اللقطة



اللقطة

تعريفها:

اللقطة في اللغة - بضم اللام وفتح القاف - هي الشيء الملتَقَط أي المأخوذ من الأرض، قال تعالى في شأن موسى عليه السلام: ﴿ فالتقطه آل فرعون.. ﴾ (القصص: ٨).

وفي اصطلاح الشرع: هي مال أو اختصاص محترم، وجد في مكان غير مملوك، لم يحرز ولا عرف الواجد مستحقه.

فقولنا: (اختصاص) أي شيء لا يملك شرعاً، ولكن يمكن أن يدخل تحت اليد ويختصّ به مكلَّفٌ ما، كالكلب مثلاً.

وقولنا: (محترم) صفة للمال والاختصاص، أي أن يكون المال محترماً، أي معتبراً شرعاً، فنحو آلات اللهو والخمر والخنزير ليس بمال محترم، وكذلك مال الحربي. والاختصاص المحترم نحو كلب صيد أو حراسة، فإذا لم يكن كذلك فليس بمحترم.

وقولنا: (لم يحرز) أي ليس عليه علامات الحفظ والإحراز، وأنه وضع في هذا المكان لحفظه، أو أن المكان غير محرز، أي ليس مُحاطاً ولم يتخذ لحفظ الأشياء فيه.

مشروعية الالتقاط:

الالتقاط مشروع، بدليل قوله ﷺ حين سئل عن ذلك: «اعرف وكاءها وعفاصها، ثم عرِّفها سنة، فإن لم تَعْرف فاستنفقها، ولتكن وديعة عندك، فإن جاء

طالبها يوماً من الدهر فأدِّها إليه». (البخاري: اللقطة، باب: ضالة الإبل، رقم: ٢٢٩٥. ومسلم: أول كتاب اللقطة، رقم: ١٧٢٢).

[وكاءها: هو ما يُربط به فم الكيس ونحوه. عفاصها: وعاءها الموضوعة فيه. عرفها: نادِ عليها وأخبر الناس بأنك وجدت لقطة. لم تعرف: أي صاحبها. فاستنفقها: تملّكها وتصرّف بها. ولتكن: أي قيمتها. طالبها: صاحب اللقطة].

وهناك أحاديث أُخرى تأتي خلال البحث.

حكمة التشريع:

لا شك أن مَن فقد شيئاً يملكه أو يختصّ به يصيبه شيء من الكرب على فقده، وقد يصعب على هذا الإنسان أن يتعرّف على مكان وجوده، ويغيب عن ذهنه أين نسيه، وقد لا يعلم أين فقده، وربما تعرّض لهذا الشيء مَن لا أمانة عنده فأخذه وضاع على صاحبه، وربما أسرع إليه التلف وذهب سُدًى دون أن ينتفع به. ففي تشريع الالتقاط تيسير على الناس وتلبية حاجة ملحّة لديهم، فالملتقِط يُعين صاحب الشيء على العثور عليه، ويتعاون معه على كفّ الأيدي الآثمة عن أموال الناس، تحقيقاً لقول الله عزّ وجل: ﴿وتعاونوا على البرّ والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ (المائدة: ٢). واستجابة لتوجيه رسول الله ﷺ: «والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه»[1].

وإذا تعرّف صاحب الشيء الضائع عليه سُرَّ به وزال غمّه وذهب كربه، فيكون للملتقط أجر عند الله عزّ وجل، كما أخبر رسول الله ﷺ إذ قال: «من نفّس عن مسلم كُرْبة من كُرَب الدنيا نفّس الله عنه كُرْبةً من كربات يوم القيامة»[1].

وبهذا يعيش الناس آمنين مطمئنين، يعلمون أن أموالهم مصونة، حتى ولو فُقدت منهم فستعود إليهم، تحملها النفوس الأبيّة والأيدي الأمينة، لتوصلها إلى مستحقّيها أوفر ما كانت، فيسود الحب، ويكون الإخاء والود.

حكمها:

إذا وجد المسلم لقطة ـ أي شيئاً ساقطاً على النحو الذي عرفت ـ فهل يلتقطه أو يتركه؟ والجواب:

(١) مسلم: الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن وعلى الذكر، رقم: ٢٦٩٩.

يستحبّ له الالتقاط إذا كان واثقاً من أمانة نفسه، ويخشى أن يضيع هذا الشيء على صاحبه إن لم يلتقطه، حفظاً لمال أخيه كما علمت.

فإن لم يخف عليها الضياع كان التقاطها مباحاً، له أن يأخذها وله أن يدعها.

وإن تيقن ضياعها، لمعرفته بعدم وجود أمين غيره في ذاك الموضع، وجب عليه التقاطها، لأن حفظ مال المسلم واجب.

وإن لم يثق بأمانة نفسه مستقبلاً، وخشي أن تسوِّل له نفسه أكلها، كره له التقاطها، وإن علم من نفسه الخيانة، وأنه إن التقطها سيلتقطها لنفسه، لا ليحفظها على مالكها ومستحقها، حرم عليه التقاطها. وفي هذا يقول ﷺ: «لا يأوي الضالة إلا ضال، ما لم يعرفها». (مسند أحمد: ٤/٣٦٠، من حديث جرير بن عبد الله رضي الله عنه).

[والضالة: هي الشيء الضائع، وإيواؤها التقاطها].

لقطة الحيوان ولقطة غير الحيوان:

الشيء الضائع قد يكون حيواناً، وقد يكون غير حيوان:

١ ـ فإن كان حيواناً يُنظر:

أ ـ **فإن كان مما يمتنع بنفسه ـ أي يحمي نفسه ـ من صغار السباع**: إما لقوته كالفرس والبعير، أو لسرعة جريه كالغزال والأرنب:

فإن وجدها في صحراء لم يجز له التقاطها، فقد جاء في حديث خالد بن زيد رضي الله عنه: أنه سأل رسول الله ﷺ عن ضالة الإبل؟ فقال: «ما لك ولها، دعها فإن معها حذاءها وسقاءها، ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربُّهـا». (البخاري: اللقطة، باب: ضالة الغنم، رقم: ٢٢٩٦). أي تقوى بخفِّها على قطع الصحراء، كما أنها تملأ كرشها ماءً بما يكفيها أياماً، يتمكن فيها صاحبها من العثور عليها.

وقيسَ على الإبل ما في معناها من الحيوانات التي تقدر على الامتناع بنفسها من عدوها.

وحمل العلماء قوله ﷺ هذا على التقاطها للتملّك، وفي حال غلبة الظن أن صاحبها سيعثر عليها، لأن الغالب على أصحاب الإبل ونحوها إرسالها لترعى في الصحراء بلا راعٍ، فالغالب أنها ليست بضائعة، فلا ينبغي التقاطها. ولذا أجازوا التقاطها للحفظ لا للتملّك زمن الأمن، أي يلتقطها بقصد أن يحفظها على صاحبها، لا ليتملكها ولو بعد تعريفها المدة المطلوبة.

وإن وجدها في بنيان من مدينة أو قرية جاز له التقاطها مطلقاً، لاختلاف حالها في البنيان عن الصحراء، إذ لم يعتد الناس إرسالها في القرى والمدن لترعى وحدها، ولأن مَن يمرّ بها هنا كثير فيخشى عليها، بخلاف الصحراء فإن المجتازين فيها قلة.

وقد دلّ على ذلك قوله ﷺ: «ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربّها» فإن سياقه يدلّ على أن ذلك يكون في الصحراء، حيث يوجد الماء والشجر ولا يوجد من الناس مَن يتعرّض لها، وهذا المعنى لا يتحقق في المدن والقرى.

ب ـ **وإن كان الحيوان لا يمتنع بنفسه:** إما لضعف ذاتي فيه كالغنم ونحوها، وإما لعجز طارىء كبعير مريض أو فرس مكسور، جاز التقاطه في الصحراء وغيرها، وللتملّك وغيره.

وقد دلّ على ذلك: ما جاء في حديث خالد بن زيد رضي الله عنه أنه ﷺ سُئِلَ عن ضالة الغنم؟ فقال: «خذها، فإنما هي لك، أو لأخيك، أو للذئب» أي إما أن تأخذها أنت وإما أن يأخذها غيرك وإما أن يأكلها الذئب.

وقيسَ على الغنم غيرها مما في معناها من الحيوان الذي لا يمتنع بنفسه.

٢ ـ **وإن كان الشيء الضائع غير حيوان:** جاز التقاطه مطلقاً كالحيوان غير الممتنع، على التفصيل الذي عرفته في حكم اللقطة من حيث الوجوب وعدمه.

وقد دلّ على ذلك أحاديث: منها حديث زيد بن خالد رضي الله عنه، وقد جاء فيه أنه ﷺ سُئِلَ عن اللقطة: الذهب أو الوَرِق؟ فقال: «اعرف وكاءها وعفاصها...» وقد مرّ بك في مشروعية الالتقاط.

ومنها: حديث أُبيّ بن كعب رضي الله عنه قال: أخذت صُرّةً فيها مائة دينار، فأتيت النبي ﷺ، فقال: «عرِّفها حَوْلاً». فعرّفتها حَوْلاً فلم أجد مَن يعرفها، ثم أتيته فقال: «عرِّفها حولاً». فعرّفتها فلم أجد، ثم أتيته ثلاثاً فقال: «احفظ وعاءها وعددها ووكاءها، فإن جاء صاحبها وإلا فاستمتع بها» فاستمتعت. (البخاري: أول كتاب اللقطة، باب: وإذا أخبره ربّ اللقطة بالعلامة دفع إليه، رقم: ٢٢٩٤. ومسلم في أوائل كتاب اللقطة، رقم: ١٧٢٣).

لُقَطة الحرم:

المراد بالحرم: مكة وما حولها من الأماكن التي تُعرَف بالحرم، والتي لا يحلّ الصيد فيها ولا قطع شجرها ونحو ذلك.

فإذا وجد المسلم فيها شيئاً ساقطاً ـ ينطبق عليه تعريف اللقطة ـ لم يحلّ له التقاطه إلا بقصد الحفظ على مالكه، ولا يحلّ له تملّكه أبد الدهر، لأن الغالب أن يعود صاحبه إلى مكة ولو بعد حين.

وقد دلّ على ذلك: قوله ﷺ في مكة يوم الفتح: «ولا تحلّ لقطتها إلا لمنشد» أي معرِّف على الدوام. (البخاري: اللقطة، باب: كيف تعرف لقطة أهل مكة، رقم: ٢٣٠١. ومسلم: الحج، باب: تحريم مكة وصيدها... ولقطتها، رقم: ١٣٥٥).

وتلزمه الإقامة لتعريفها، فإن أراد الارتحال عن مكة دفعها إلى الحاكم أو مَن ينوب منابه، ليقوم بتعريفها ويحفظها لمالكها.

الإشهاد على الالتقاط:

الأصح أن الإشهاد على الالتقاط غير واجب، لأنه لم يرد الأمر به في أكثر أحاديث اللقطة، وإنما هو مستحب ولو كان الملتقط عدلاً، ليقطع على نفسه طريق الخيانة مستقبلاً، ودرءاً من أن يأخذها وارثُه بعد موته بحجة أنها كانت في يده.

وقد دلّ على الاستحباب قوله ﷺ: «مَن التقط لقطة فليُشهد عليها ذا عدل أو ذوَيْ عدل». (أبو داود: اللقطة، باب: التعريف باللقطة، رقم: ١٧٠٩).

فالتخيير في أن يُشهد عدلاً أو عدلين يقتضي عدم الوجوب، ولو كان الإشهاد واجباً لما اكتُفي بعدل واحد.

ويذكر للشهود بعض صفاتها ولا يستوعبها، ويكره له أن يزيد في البيان، وإن خشي من الإشهاد أن يعلم بها غير أمين، فيأخذها منه ظلماً، امتنع عليه الإشهاد.

تعريف اللقطة:

إذا وَجد المرء شيئاً ضائعاً بمعنى اللقطة الذي عرفت، يُنظر:

فإن كان شيئاً تافهاً: أي ليس من شأن الناس عادة ـ إذا فقدوه ـ أن يطلبوه ويبحثوا عنه، كاللقمة والتمرة ونحو ذلك، حسب عُرْف كل مكان وزمان، فإن الملتقط يتملك ذلك دون أن يعرِّف به أو يتعرّف عليه.

وقد دلّ على ذلك: حديث أنس رضي الله عنه قال: مرّ النبي ﷺ بتمرة في الطريق، قال: «لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها». (البخاري: اللقطة، باب: إذا وجد تمرة في الطريق، رقم: ٢٢٩٩. ومسلم: الزكاة، باب: تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ، رقم: ١٠٧١).

وإن كان شيئاً ذا قيمة: أي من شأن الناس أن يطلبوه إذا فقدوه ويبحثوا عنه، كان على الملتقط تعريفه، دلّ على ذلك صريح الأحاديث التي سبقت.

والأصح أن التعريف واجب، سواء أكان الالتقاط بقصد الحفظ فقط أم بقصد الحفظ ثم التملّك.

كيفية التعريف ومدته ومكانه:

أولاً: يتعرف على العين الملتقطة بما يميِّزها عن غيرها من الصفات، بحيث إذا جاء مَن يدّعيها وسأله عن صفاتها استطاع أن يعرف هل هو صاحبها أمْ لا؟ فإذا دفعها كان على يقين أنه دفعها لمستحقِّها.

فيتعرف على وعائها إن كان لها وعاء، وعلى رباطه إن كان له رباط، وهي

العفاص والوكاء. كما يعرف عددها إن كانت ذات عدد، وجنسها ونوعها، وما إلى ذلك من صفات كما ذكرت، تختلف باختلاف الشيء.

دلّ على ذلك قوله ﷺ: «اعرف وكاءها وعفاصها وعدّتها». وذلك أنه سُئِل عن لقطة الذهب والفضة، ومن شأنها أن تكون في وعاء مربوط ولها عدد، فيقاس على ذلك غيره من الصفات التي تتميز بها الأشياء وتتّضح.

ثانياً: إذا عرف صفاتها وميِّزاتها نادى عليها، ذاكراً بعض صفاتها التي من شأنها أن تنبّه فاقدها إليها، ولا يتوسع بذلك كي لا يعرف صفاتها مَن لا يستحقها فيدّعيها، وربما أخذها ظلماً وباطلاً.

ثالثاً: إذا كان الشيء ذا بال كبير، يتأسف عليه فاقده زمناً طويلاً، عرفه سنة كما ثبت في النص[1]، لأنها لو كانت لمسافر يغلب أن لا يغيب عن مكان فقده أكثر من سنة. يعرفه كل يوم مرتين لمدة أسبوع، ثم كل يوم مرة أسبوعاً آخر، ثم كل أسبوع مرة ليتمّ سبعة أسابيع، ثم في كل شهر مرة.

وزيد في الأيام الأولى لأن الطلب يكون فيها أشد. وهذا التحديد اجتهاد استحبّه العلماء، وإلا فالمطلوب تعريف حسب العادة، بحيث ينتبه صاحب الحق إلى حقه ويصل إليه.

فإذا كان الشيء ليس ذا بال كبير: فإنه يُعرَّف فترة يغلب على الظن أن صاحبه يكفّ عن طلبه، دلّ على ذلك قرائن الأحوال التي وردت فيها الأحاديث، فسؤال عن صرّة فيها مائة دينار، وسؤال عن ذهب وفضة، وسؤال عن ضالة الغنم والإبل ونحو ذلك، فكلّها أشياء ذات قيمة، لا يكفّ فاقدها عن طلبها غالباً في أقل من سنة، والله تعالى أعلم.

رابعاً: يكون التعريف في الأماكن العامة والأسواق وعلى أبواب المساجد

---

(١) وقد جاء في حديث أُبيّ رضي الله عنه ـ كما مرّ ـ أنه ﷺ أمره بتعريفها ثلاث سنين، قال النووي رحمه الله تعالى في شرح مسلم: محمولة على الورع وزيادة الفضيلة، وقد أجمع العلماء على الاكتفاء بتعريف سنة، ولم يشترط أحد تعريف ثلاثة أعوام.

ونحوها حيث يجتمع الناس، ويكثر منه في موضع وجودها، لأن الغالب أن يطلبها فاقدها فيه.

ويكره أن يعرفها في المسجد، لما فيه من رفع الصوت والتشويش على المصلّين والذاكرين فيه، وقد ورد الزجر عن هذا بقوله ﷺ: «مَن سمع رجلاً ينشد ضالةً في المسجد فليقل: لا ردّها الله عليك، فإن المساجد لم تُبْنَ لهذا». (أخرجه مسلم: في المساجد، باب: النهي عن نشد الضالّة في المسجد..، رقم: ٥٦٨).

ويستثنى من هذا المسجد الحرام، فإنه يجوز فيه، لأن مَن ينشدها في غيره متّهم أنه يفعل ذلك من أجل أن يتملّك اللقطة بعد تعريفها، وهذا المعنى غير موجود فيمن ينشد لقطة المسجد الحرام، لأن تعريفها لمصلحة مالِكها وحفظها، إذ إن الملتقـط ليس له تملّكها كما علمت.

هذا والذي نراه أن هذا الكلام لا ينطبق على النداء على الضالة بالمكبرات الصوتية في هذه الأيام، التي ينادى بها للصلوات، لأن الصوت لا يكون في المسجد، وكل ما هنالك هو استعانة بهذه المكبِّرات لأنها توصل النداء إلى أمكنة لا تصل إليها أصوات الناس. ولعل الحاجة داعية إلى ذلك ولا سيما في المدن التي اتّسعت رقعتها، وكثر ساكنوها، مع كثرة الانتقـال بين أحيائها وبقاعها. فلا داعي لاستنكار هذا النداء وإن كان الأَوْلى الاستغناء عنه، اللّهمّ إلا إذا كان نداءً من أجل ضياع طفل أو طفلة، فإننا نرى أنه قد يكون واجباً، لما فيه من إحياء النفس، ودفع ترويع أهله عليه، وكفكفة دمعه الذي قد يطول حتى يعثر عليه أهله لولا هذا النداء، والله تعالى أعلم.

نفقة التعريف:

للملتقط أن يقوم بالتعريف بنفسه، وله أن يقوم به بغيره، فإن احتاج إلى نفقة كانت هذه النفقة على المالك، لأنه لمصلحة ملكه، فإما أن يدفعها القاضي من بيت المال، وإما أن يقترض من الملتقط أو غيره على المالك، أو يأمر الملتقط بدفعها ليرجع بها على المالك، أو يبيع جزءاً منها في ذلك. فإن أنفق الملتقط من ماله دون إذن الحاكم كان ذلك تبرعاً منه، لا يلزم به المالك إن ظهر.

أنواع ما يلتقط وكيفية التصرّف به:

اللقطة قد تكون حيواناً وقد تكون غير حيوان، وغير الحيوان قد يكون مما يبقى وقد يكون مما يفسد، ولكلٍّ حكم:

١ - **فإن كان حيواناً**: فإن شاء أبقاه وأنفق عليه بإذن الحاكم، ليرجع على صاحبه عند ظهوره بما أنفق، فإن لم يجد حاكماً أشهد على ذلك. فإن أنفق دون إذن ولا إشهاد كان متبرعاً، ليس له أن يرجع بما أنفق.

وإن شاء باعه بإذن الحاكم وحفظ ثمنه.

وله - إن أخذه في مكان لا يتيسر فيه البيع - أن يتملكه حالاً ثم يأكله، ويغرِّم قيمته - يوم تملكه - لصاحبه إن ظهر.

٢ - **وإن كان غير حيوان مما يسرع إليه الفساد**: فهو مخيّر بين أن يأكله ويغرّم قيمته، أو يبيعه بإذن الحاكم ويحفظ ثمنه.

٣ - **وإن كان يبقى بعلاج**: - كتجفيف ونحوه - كرطب يجفّف، ولبن يصنع أقطاً: وجب على الملتقط أن يفعل ما هو الأصلح للمالك والأنفع من الأمور التالية: أن يبيعه كله بإذن الحاكم ويحفظ ثمنه، أو يعالجه ليبقى متبرّعاً بعلاجه، فإن لم يتبرع بذلك بيع بعضه - بإذن الحاكم - بقدر ما يعالج به الباقي.

٤ - **وإن كان مما يبقى أبداً بدون علاج**: وجب عليه حفظه مدة التعريف اللازمة. وينبغي أن ينتبه إلى أنه: في الحالات التي تُباع فيها العين الملتقطة، ويحفظ فيها ثمنها، لا بدّ من استمرار التعريف بها المدة اللازمة، ويكون التعريف للعين الملتقطة لا للثمن.

تملّك اللقطة:

للملتقط أن يتملّك العين الملتقطة إن كانت باقية - أو ثمنها حال بيعها كما في الصور السابقة - بعد انتهاء مدة تعريفها اللازمة، فإذا تملّكها صارت مضمونة عليه، ويغرَّم قيمتها لصاحبها إن ظهر يوم تملّكها، أخذاً من النصوص السابقة: «ثم عرّفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها. .».

ويتملكها بلفظ صريح كقوله تملكت هذه، أو كناية ـ كأخذت ونحوه ـ مع النيّة. وقيل: يتملّكها بمضيّ مدّة التعريف اكتفاء بقصد التملّك، ولا يحتاج إلى لفظ.

يد الملتقط وحفظ اللقطة:

على الملتقط أن يحفظ اللقطة في حرز مثلها، وكذلك ثمنها في حال بيعها، وهو غير ضامن لما يصيبها دون تعدٍّ أو تقصير، لأنه متبرّع بالحفظ، وهذا ما صرّحت به الأحاديث: «ولتكن وديعة عندك».

فهي غير مضمونة عليه خلال مدة التعريف وكذلك بعده إن لم يتملكها، فإذا تملكها أو تملّك ثمنها صار ضامناً، وعليه ـ كما سبق ـ أن يغرّم قيمتها يوم التملّك إن ظهر صاحبها.

دفع اللقطة إلى مدّعيها:

إذا جاء مَن يدّعي اللقطة وأنها ملكه سأله الملتقط عن أوصافها، فإن وصفها وأحاط بجميع أوصافها، وغلب على ظن الملتقط صدقُه جاز له أن يدفعها إليه، عملاً بقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها، وعرف عفاصها ووكاءها وعددها، فأعطها إياه». (مسلم: في أوائل كتاب اللقطة، في رواية من حديث زيد بن خالد رضي الله عنه).

فإذا دفعها إليه برئت ذمته، ولا يضمن فيما لو ظهر كاذباً.

والأصح أنه لا يجب عليه أن يدفعها إليه حتى ولو وصفها بدقة، وغلب على ظنه صدقه، إلا إذا أقام بيِّنة عند القاضي وحكم بها على الملتقط، لقوله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادّعى رجال أموال قوم ودماءهم، لكن البيِّنة على المدّعي واليمين على مَن أنكر». (البخاري: التفسير/ آل عمران، باب: ﴿ إن الذين يشترون بعهد الله.. ﴾ رقم: ٤٢٧٧. ومسلم: الأقضية، باب: اليمين على المدَّعى عليه، رقم: ١٧١١).

فلا يعطى أحد شيئاً بمجرّد دعواه أنه له، حتى يثبت ذلك بالبيِّنة أو ما يقوم مقامها حسب الدعوى.

تنبيه: في كل موضع ذكر إذن القاضي أو إخباره وما إلى ذلك: في حال إمكان ذلك، وعدم خوفه أخذها ظلماً وضياعها على مالكها، فإن خاف شيئاً من ذلك لم يرجع إليه، والله تعالى أعلم.

البَابُ الثَامِن

الــــرَّهْـــن



الـــرَّهـــن

تعريفه:

هو ـ **في اللغة** ـ الحبس، ومنه قوله تعالى: ﴿ كلُّ نفسٍ بما كسبتْ رهينة ﴾ (المدّثر: ٣٨): أي محتبسة وممنوعة من دخول الجنة يوم القيامة، بسبب ما كسبته في الدنيا، حتى تحاسب عليه.

ويأتي أيضاً بمعنى الثبوت والدوام، جاء في مختار الصحاح: أرهنتُ لهم الطعام والشراب أدمته لهم، ويقال: الأحوال الراهنة، أي الحاضرة والدائمة.

وهو **في الاصطلاح الشرعي**: يُطلق على عقد الرهن، وهذا هو الأصل والغالب في إطلاق الفقهاء، وقد يُطلق ويُراد به الشيء المرهون، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ وإن كنتُم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهانٌ مقبوضة ﴾ (البقرة: ٢٨٣). فرهان هنا جمع رهن، لأنها وُصفت بأنها مقبوضة، والقبض يكون في الأشياء ولا يكون في المعاني، والعقد معنى فلا يتأتّى فيه القبض.

فالرهن بمعنى العقد: هو جعل عين متمولة وثيقة بدَيْن، يُستوفى منها عند تعذّر الوفاء.

فالجعل يكون بالعقد، والجاعل هو الراهن، والمجعول عنده هو المرتهن، والمجعول هو العين المرهونة، والعين تطلق على كل ذي حجم، وكون هذه العين متمولة أي تعتبر مالاً في عُرف الشرع، وهذا الجعل إنما هو للتوثّق، أي ليستوثق الدائن من أن دَيْنه لن يذهب ويضيع، بل يطمئن إلى أنه سيعود إليه. فالعين تجعل مرهونة مقابل الدَّيْن، بحيث إذا تعذّر ـ أي صعب أو استحال ـ على المدين أن

يوفي دَيْنه في أجله، استطاع الدائن أن يستوفي دَيْنه من هذه العين، بأن تُباع ويأخذ دَيْنه من ثمنها.

وهكذا نجد أن التعريف قد شمل بإيجاز أركان عقد الرهن وأحكامه وحكمته، التي سنتعرّض لبيانها بالتفصيل إن شاء الله تعالى.

مشروعية الرهن:

الرهن جائز ومشروع، بإجماع المسلمين في كل العصور والأزمان، ومستند هذا الإجماع ما ثبت من نصوص صريحة في كتاب الله تعالى وسنّة نبيِّه ﷺ تدل على ذلك:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وإن كنتُم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهانٌ مقبوضة﴾ (البقرة: ٢٨٣). جاء ذلك بعد قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتُم بدَيْن إلى أجلٍ مسمّى فاكتبوه..﴾. فدلّ على أن الرهان تقوم مقام الكتابة في التوثيق للدَّيْن، وذلك عنوان المشروعية.

وأما السنّة: فأحاديث كثيرة، منها حديث عائشة رضي الله عنه قالت: (توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير).

(البخاري: الجهاد، باب: ما قيل في درع النبي ﷺ والقميص في الحرب، رقم: ٢٧٥٩).

وسيأتي معنا مزيد من الأدلة على المشروعية خلال البحث إن شاء الله تعالى.

الرهن في الحضر وحال وجود الكاتب:

جاء في الآية الآنفة الذكر قوله: ﴿وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهان..﴾ وظاهر ذلك: أن الرهن إنما يشرع حال السفر وعدم وجود الكاتب، وهذا الظاهر غير مقصود، والرهن جائز ومشروع في السفر وفي الحضر، وحال وجود الكاتب وحال عدمه، دلّ على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها وغيره: أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل، ورهنه درعاً من حديد.

(البخاري: البيوع، باب: شراء النبي ﷺ بالنسيئة، رقم: ١٩٦٢. مسلم: المساقاة، باب: الرهن وجوازه في الحضر والسفر، رقم: ١٦٠٣).

والظاهر أنهما كانا في المدينة، فهما غير مسافِرَيْن، والكُتَّاب في المدينة أيضاً كُثُر، فدلّ على أنه لا يشترط لصحة الرهن أيٍّ من هذين الأمرين.

وأجاب العلماء عن حكمة ذكر السفر وعدم الكاتب في الآية: بأنه بيان للغالب في واقع الأمر، إذ الغالب أن يحتاج إلى الارتهان في السفر، الذي كثيراً ما يُعدم فيه الشهود ويفتقد الكاتب، لا سيما في تلك الأزمان التي كانت فيها القراءة والكتابة قليلة، وذلك من أسلوب الكلام العربي الذي جاء القرآن على أرقى مستوى منه.

حكم الرهن:

ظاهر الآية التي تدل على مشروعيته أن ذلك واجب، إذ قالت: ﴿ فرهان مقبوضة ﴾ وهذه صيغة من صِيَغ الأمر، إذ المعنى فليكن منكم رهان. . ، والأمر للوجوب، ولكن العلماء اتفقوا على أن الرهن ليس بواجب، وأنه أمر جائز، للمكلّف أن يفعله وأن لا يفعله، لأنه شرع لتوثيق الحق، وللإنسان أن يوثّق حقه وأن لا يوثقه، وقد أكد معنى الجواز قوله تعالى في الآية: ﴿ فإن أَمِنَ بعضُكم بعضاً فليؤدِّ الذي اؤتمن أمانته ﴾: أي فليكن المدين المؤتمن على الدَّيْن دون توثق أهلاً لهذا الائتمان، وليؤدِّ الأمانة دون إساءة. وواضح أن الائتمان لا يكون إلا إذا لم يكن ارتهان، لأن طلب الارتهان دليل الشك في الأمانة.

وقال العلماء أيضاً: إن الرهن بدل عن الكتابة، فيأخذ حكمها، والكتابة ليست واجبة، بدليل قوله تعالى: ﴿ ولا تَسْأَموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسطُ عند اللهِ وأقومُ للشهادة وأدنى ألّا ترتابوا ﴾ أي لا تملّوا من كتابة الدَّيْن قلّ أو كثر، فإن كتابته أقرب إلى العدل وعدم ضياع الحقوق، وأسهل لإقامة الشهادة عند الاختلاف، وأبعد عن الشك في قدر الدَّيْن أو صفته أو أجله.

قالوا: هذه المعاني تدل على أن الأمر بالكتابة أمر إرشاد وتوجيه، وليس أمر إيجاب وتحتيم.

على أننا نقول: إذا لم تكن الكتابة أو الرهن واجباً، فذاك لا يعني أن نتساهل في الأمر، ثم يجرّ بعضنا بعضاً إلى دُور القضاء، أو يتخذ ذلك بعضُ مَن رقَّ دينهم ذريعة إلى أكل أموال الناس بالباطل، فأقل ما قاله العلماء أنه أمر إرشاد، وذلك

يعني الندب والاستحباب، فالأولى الكتابة على أيّ حال، والرهن إذا لم تتيسر الكتابة، كي لا يترك الناس فعل الخير خشية ضياع أموالهم وذهاب حقوقهم، اللّٰهمّ إلا إذا كانت الثقة بالأمانة والدين والخلق أقرب إلى اليقين، والله تعالى الموفّق.

حكمة مشروعية الرهن:

تكرر معنا أن شرع الله تعالى مِلّة التيسير ورفع الحرج ورعاية مصالح الناس، والناس يتعاملون فيما بينهم، وكثيراً ما يحتاجون إلى النقد فلا يجدونه، وهم محتاجون إلى بعض السلع، فيحتاجون إلى استقراض النقد أو تأجيل الثمن، ولا يجدون مَن يثق بهم ليعطيهم المال أو السلعة دون وثيقة، ويرغب صاحب المال أو السلعة بما يوثّق حقه ويطمئنه إلى أنه سيعود إليه كاملاً موفوراً، ولا يرغب أن يقع في مخاصمات ومرافعات، فلا يرضى بالكفالة ولا يكتفي بالكتابة والإشهاد، فيطلب سلعة تكون وثيقة في يده مقابل حقه، ويرضى صاحب الحاجة إلى النقد أو تأجيل الثمن بهذا التوثيق، فيدفع متاعاً يستطيع أن يستغني عن منفعته لطالب الوثيقة، وهنا تتحقق مصلحة الطرفين، ويسهل التعامل بين الناس.

أركان عقد الرهن

علمنا مما سبق أن لعقد الرهن أركاناً كغيره من العقود، لا يوجد ولا يقوم إلا بوجودها، كما أن لتلك الأركان شروطاً، لا يصحّ العقد ولا تترتّب عليه آثاره المعتبرة شرعاً إلا بتوفرها، وأركان عقد الرهن هي:

١ ـ العاقدان، وهما اللذان يقومان بإنشاء هذا العقد، وهما الراهن والمرتهن.
٢ ـ الصيغة، أي الكلام الذي يصدر عن العاقِدَيْن ليدل على إنشاء هذا العقد.
٣ ـ الدَّيْن، الذي هو سبب هذا العقد، والذي يكون في ذمّة الراهن للمرتهن.
٤ ـ المرهون، وهو العين التي توضع لدى المرتهن وثيقة بدَيْنه.

وسنتكلم بالتفصيل ـ إن شاء الله تعالى ـ عن هذه الأركان مع شروط كلٍّ منها.

الركن الأول: العاقدان:

وهما الراهن والمرتهن: فالراهن هو المدين، أي الذي عليه الدَّيْن، وذمته مشغولة به تجاه المرتهن. والمرتهن: هو الدائن الذي له الدَّيْن في ذمة الراهن، والذي توضع العين المرهونة تحت يده وسلطانه.

ويشترط في كلٍّ منهما:

١ ـ **أن يكون مكلَّفاً**: أي عاقلاً بالغاً غير محجور عليه في تصرفاته المالية.

فالصبي ـ ولو كان مميِّزاً ـ لا يصلح أن يكون راهناً ولا مرتهناً، فلو رهن شيئاً من ممتلكاته عند أحد فلا يصحّ منه هذا الرهن، والمرتهن ضامن لما أخذه

منه في هذه الحالة. وكذلك لو رهن أحد عنده متاعاً، فلا يُعتبر ذلك رهناً، ولا تثبت له أحكامه. ومثل الصبي المجنون الذي غُلب على عقله.

وذلك لأن الرهن عقد تترتب عليه أحكام ومسؤوليّات، وكل من الصبي والمجنون ليس أهلاً لذلك، فالشرع لم يعتبر أقوالهما وتصرفاتهما في العقود، لأنهما ليسا أهلاً للمؤاخذة كما علمت في كثير من المواضع. قال ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن الصبي حتى يحتلم» أي يبلغ. (أبو داود: الحدود، باب: في المجنون يسرق أو يصيب حدّاً، رقم: ٤٤٠١). والمراد برفع القلم عدم المؤاخذة والمسؤولية.

وأما المحجور عليه في تصرفاته المالية ـ وهو السفيه في عُرْف الشرع ـ وهو الذي لا يحسن التصرّف بالمال: إما بإنفاقه في المحرّمات، أو إسرافه في المباحات، أو لطيش فيه: فلأنه تصرّف مالي، وهو ممنوع منه، كما علمت في (باب الحجر).

٢ ـ **أن يكون غير مُكْرَه**: أي أن يرهن الراهن ما يرهن باختياره، وكذلك المرتهن، فلو أُكره الراهن على الرهن، أو المرتهن على الارتهان، فلا يصحّ الرهن، ولا تترتب عليه آثاره وأحكامه التي ستعرفها، بمعنى أنه إذا زال الإكراه عن العاقد رجع الحال إلى ما كان عليه قبل الإكراه، ووجب على الراهن أن يستردّ العين إن كان المكره هو المرتهن، وعلى المرتهن أن يردّ العين إن كان المكرَه هو الراهن، ثم إذا رغبا في الرهن أنشآه من جديد.

وذلك لأن الرهن من التصرفات الشرعية الإنشائية، والإكراه عليها يؤثر فيها ويُذهب أثرها، كما ستعلم ذلك مفصلاً في (باب الإكراه) إن شاء الله تعالى.

٣ ـ **أن يكون من أهل التبرّع فيما يرهنه أو يرتهن به**: كأن يكون مالكاً للعين التي يرهنها مثلاً، وأن يكون مالكاً للدَّيْن الذي يرتهن به.

رهن الولي والوصي وارتهانهما:

والمراد بهذا الشرط بيان: أنه ليس لأحد أن يرهن شيئاً من مال مَنْ

له عليه ولاية مالية كالوليّ والوصيّ، كما أنه ليس له أن يرتهن شيئاً لهم بشيء من أموالهم، لأن الوليّ والوصي ـ كلاً منهما ـ ليس أهلاً للتبرّع من أموال مَن تحت ولايته أو وصايته، والرهن والارتهان كلٌ منهما فيه معنى التبرع.

فبالرهن يُمنع الراهن من التصرّف في المرهون ـ إلا بشروط كما سيأتي ـ وذلك حبس لمال القاصر وتفويت للمنفعة بغير عوض، فهو تبرع.

وبالارتهان تأجيل للمال الذي يستحقه القاصر، وذلك تفويت لمنفعة التعجيل بغير عوض، إذ ليس للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة كما ستعلم، وذلك تبرع. ولذا قال الفقهاء: ليس لوليّ القاصر أن يبيع شيئاً من ماله ـ في الأحوال العادية ـ إلا بحالٍّ مقبوض قبل أن يسلم المبيع، وبالتالي فلا ارتهان بماله.

على أن الفقهاء قد استثنوا حالتين، يجوز فيهما للوليّ والوصي الرهن والارتهان، لما في ذلك من مصلحة ظاهرة لمن كان تحت ولايتهما، وهما:

١ ـ حالة الضرورة:

كأن يحتاج إلى النفقة على مَن تحت ولايته، ولا يكون له مال ينفق عليه منه، فيرهن شيئاً من أمتعتهم مقابل مال يأخذه لينفقه عليهم، وهو يرجو أن يوفيه من غلّة ينتظر خروجها لهم، أو دَيْن لهم سيحلّ أجَله، أو بيع متاع لهم كاسد الآن يرجى نفاقه.

وكذلك له أن يرتهن بمال لهم، يخشى عليه السرقة أو النهب، فيبيعه إلى أجل أو يقرضه، ويرتهن بذلك متاعاً لهم حفظاً واستيثاقاً لدَيْنهم.

٢ ـ أن يكون الرهن والارتهان لمصلحة ظاهرة:

وذلك كأن يجد سلعة تساوي مائتين مثلاً، تباع بمائة، ولا مال لهم، فيشتريها على أن يرهن بها شيئاً من متاعهم يساوي مائة.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون هذا المتاع المرهون عند أمين موسر، وأن يشهد على ذلك، وأن يكون إلى أجل غير طويل عُرفاً، فإن فقد شرط من ذلك لم يصحّ الرهن.

ومثل الرهن الارتهان، وذلك كأن يبيع شيئاً من متاعهم يساوي مائة بمائتين، ويرتهن لهم بذلك متاعاً يساوي مائتين.

فالمصلحة هنا ظاهرة والمنفعة بالغة لهؤلاء القاصرين، ولذا صحّ الرهن والارتهان لهم.

الركن الثاني: الصيغة:

وهي الإيجاب والقبول: وهما كل كلام يدل على الرهن والقبول به، من الراهن والمرتهن، كأن يقول الراهن: رهنتك داري هذه بما لَك عليّ من الدَّيْن، أو خذ هذا ـ لسلعة في يده ـ رهناً بثمن هذا، لشيء اشتراه، فيقول صاحب الدَّيْن في الحالين: قبلت، أو ارتهنت، ونحو ذلك.

والأصل في اشتراط الصيغة في الرهن ـ وغيره من العقود ـ أنه عقد فيه تبادل مالي، فيشترط فيه الرضا، لأنه لا يحلّ مال امرىء إلا عن طيب نفس منه، والرضا أمر خفيّ، فيُكتفى بما يدل عليه وهو اللفظ من المتعاقِدَيْن، وذلك يكون بالإيجاب والقبول.

وهل يكتفى فيه بالمعاطاة؟ كأن يقول له: بعني هذه السلعة بكذا إلى أجل، وخذ منّي هذه الساعة مثلاً رهناً بالثمن، فيقول: بعتك، ويقبضه السلعة وذاك يعطيه الساعة.

الأصح أن هذا الرهن لا ينعقد، ولا بدّ فيه من صيغة خاصة به، تدل على الرهن والارتهان.

هذا بالنسبة لمن يستطيع النطق، وأما الأخرس: فيكتفى منه بإشارته المعهودة المفهمة رضاه بالرهن أو الارتهان، فتقوم مقام نطقه للضرورة، لأنها تدل على ما في نفسه من الرضا أو عدمه. وكذلك كتابته فيما إذا كان يحسن الكتابة.

الركن الثالث: المرهون:

وهو العين التي يضعها الراهن عند المرتهن ليحتبسها وثيقة بدَيْنه، وقد اشترط الفقهاء فيها شروطاً ليصح ارتهانها، منها:

١ ـ **أن يكون عيناً**: فلا يصحّ رهن المنفعة، كأن يرهنه سكنى دار، لأن المنفعة

تتلف بمرور الزمن، فلا يحصل بها توثّق ولا تثبت عليها يد الحبس.

٢ ـ **أن يكون قابلاً للبيع**: أي تتوفر فيه شروط المبيع التي مرّت بك في عقد البيع، بأن يكون موجوداً وقت العقد، وأن يكون مالاً متقوِّماً شرعاً، وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون قد وقع عليه التملّك من الراهن أو دخل في سلطانه.

فلا يصحّ رهن ما ستلده أغنامه، لأنه غير موجود عند العقد.

ولا يصحّ رهن كلب أو خنزير، لأنهما ليسا بمال ذي قيمة شرعاً، ومثلهما صيد المحرم بحج أو عمرة وصيد الحرم المكّي، لأن كلاً منهما في حكم الميتة، وهي ليست بمال شرعاً.

كما لا يصحّ أن يرهن طيراً في الهواء، لأنه غير مقدور على تسليمه. ومثله أن يرهن ما له في ذمّة فلان من الدَّيْن، لأنه غير قادر على تسليمه أيضاً.

وكذلك لا يصحّ رهن ما يسومه ليشتريه، أو ما يريد أن يجمعه من المُباحات كالحطب والكلأ ـ أي الحشيش ـ غير المملوكين، لأن هذه الأشياء لم يقع عليها التملّك بعد، ولم تدخل في سلطانه.

وهل يشترط أن يكون الراهن مالكاً للعين المرهونة، أم يكفي أن تكون في سلطانه؟ الجواب: أنه لا تشترط ملكية الراهن للمرهون، بل له أن يستعير شيئاً ليرهنه، بشروط وأحكام، سيأتي بيانها في فقرة مستقلة تحت عنوان: العين المستعارة للرهن.

وكذلك لا يشترط أن يكون مالكاً لجميع العين المرهونة، بل يصح أن يكون مالكاً لجزء منها، فيرهن ما هو مِلْك له، كما لو كان يملك نصف السيارة أو نصف الدار أو العقار، فله أن يرهن حصته مقابل ما عليه من الدَّيْن، وهذا ما يسمى عند الفقهاء: **رهن المشاع**. وذلك لأن المشاع قابل للبيع، فمَن كان يملك حصة شائعة في شيء ـ أي غير مقسومة ولا معزولة ـ له أن يبيعها، فكذلك يصحّ له أن يرهنها، لأن الغاية من الرهن الاستيثاق والتمكّن من الاستيفاء منه عند تعذّر وفاء الدَّيْن، وذلك يحصل برهن المشاع، لأنه يمكن بيعه عند حلول الأجل واستيفاء الدَّيْن من ثمنه.

وسيأتي بيان كيفية قبض المرهون المشاع عند الكلام عن القبض في الرهن إن شاء الله تعالى.

الركن الرابع: المرهون به:

وهو الحق الذي للمرتهن في ذمة الراهن، والذي يوضع الرهن بمقابله. ويشترط فيه أمور، وهي:

١ ـ **أن يكون دَيْناً**: أي مما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير ونحوها من العملات المتداولة، والتي تقوَّم بها الأشياء، لأن مقصود الرهن استيفاء المرهون به من قيمة المرهون وثمنه عند تعذّر الوفاء، وهذا ممكن في الدَّيْن.

ولا عبرة بسبب الدَّين، سواء أكان ثمن مبيع اشتراه الراهن إلى أجل، أم كان قرضاً، أم كان ضماناً بسبب إتلافه شيئاً ما للمرتهن.

وعليه: فلا يصحّ أن يكون الحق المرهون به عيناً، كما لو غصب إنسان متاعاً من آخر، فطالبه المغصوب منه به، وطلب منه أن يرهنه شيئاً مقابله إلى أن يأتيه به. وكذلك لو استعار أحد شيئاً، فطلب المعير من المستعير أن يرهنه شيئاً ما ـ متاعاً أو نقوداً مثلاً ـ مقابله حتى يأتيه به، فلا يصح مثل هذا الرهن، وهذا يقع كثيراً في هذه الأيام.

قال صاحب كتاب [مغني المحتاج]: ومن هنا يؤخذ بطلان ما جرت به عادة بعض الناس من كونه يقف كتاباً، ويشرط أن لا يُعار أو لا يخرج من مكانٍ يحبسه فيه إلا برهن.

وإنما لم يصحّ الرهن مقابل الأعيان لأنها لا يمكن استيفاؤها من ثمن المرهون عند تعذّر الوفاء وبيع العين المرهونة، إذ كيف تُستوفى مثلاً ساعة من ليرات ونحوها، وإذا قلنا تستوفى قيمتها، فإن القيمة تختلف باختلاف المقوِّمين، فيؤدِّي ذلك إلى التنازع.

على أن الرهن إنما شرع وذكر في كتاب الله تعالى في الدَّيْن ـ كما علمت عند الكلام عن مشروعيته ـ فلا يثبت في غيره.

٢ ـ **أن يكون الدَّيْن ثابتاً في ذمّة الراهن للمرتهن**: كثمن مبيع بعدما أبرم البيع ولو قبل تسليم المبيع، أو نفقة زوجة عن زمن مضى، أو مال اقترضه الراهن وقبضه أو قبل قبضه، ونحو ذلك، فيصحّ الرهن.

وإنما صحّ الرهن في هذه الحالات لأن الحق قد ثبت، فصارت الحاجة داعية لأخذ الوثيقة به، فصار الرهن ضماناً للدَّيْن، فجاز أخذه به.

وكذلك يصحّ الرهن لو وقع مع العقد الموجب للدَّيْن، كما لو قال: بِعْني هذا الثوب بمائة إلى شهر، وأرهنك بها هذه الساعة، فقال البائع: قبلت، أو بعتك وارتهنت، أو قال: أقرضني ألفاً إلى سنة، وأرهنك بها هذه السجادة، فقال: قبلت، أو أقرضتك وارتهنت. لأن الحاجة تدعو إلى ذلك، فلو لم يعقد ذلك ويشترطه مع ثبوت الدَّيْن ربما لم يتمكن من إلزام المشتري أو المقترض بعقد الرهن بعد ثبوت الدَّيْن، فيفوت حقه في التوثّق من دَيْنه.

أما إذا حصل عقد الرهن قبل ثبوت الحق أو العقد الذي يوجبه فإنه لا يصحّ، كما لو ارتهنت الزوجة متاعاً مقابل ما سيثبت لها من نفقة في أيام مقبلة، أو ارتهن شيئاً بما سيقرضه إياه، أو بثمن ما سيشتريه منه، فإن الرهن في هذه الحالات لا يصحّ ولا ينعقد.

وذلك لأن الرهن وثيقة بالحق فلا تقدم على ثبوته، وتابع له فلا يسبقه، كالشهادة فلا تقدّم قبل ثبوت المشهود عليه ولا تسبقه.

٣ ـ **أن يكون الدَّيْن معلوماً للعاقِدَيْن قدراً وصفة**: فلو ثبت أن للمرتهن دَيْناً في ذمة الراهن، لكنه يجهل ما هو: أليرات سورية أم غير ذلك؟ أو يجهل قدرها، أهي ألف أم ألفان؟ فارتهنه شيئاً بها، فإن الرهن لا يصح، سواء أعلم العاقد الثاني قدرها وصفتها أم لا. وذلك لتعذّر استيفاء هذا الدَّيْن المجهول من ثمن العين المرهونة إذا بيعت عند عدم الوفاء.

لزوم عقد الرهن:

إذا وجدت أركان عقد الرهن بشروطها فقد انعقد صحيحاً، ولكن هل لزم العقد؟ بمعنى أنه ليس للراهن أن يرجع عنه، ويلزمه دفع العين المرهونة للمرتهن،

أم لا يزال له الخيار في ذلك، إن شاء دفع وإن شاء رجع؟

والجواب: أن عقد الرهن عقد جائز قبل القبض، وأن القبض من تمامه، وشرط لا يلزم إلا به. فما دامت العين المرهونة بيد الراهن كان له الرجوع عن رهنها، فإذا دفعها للمرتهن، وقبضها المرتهن قبضاً صحيحاً لزم العقد، وصار من حق المرتهن احتباسه، وليس للراهن الرجوع عن الرهن واسترداد العين المرهونة إلا برضاه.

ودليل ذلك:

قوله تعالى: ﴿ وإن كنتُم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهانٌ مقبوضة ﴾ فالفاء المقرونة بكلمة رهان هي جواب للشرط ﴿ وإن كنتم ﴾ وجزاء له، ومثل هذه الصيغة من صيغ الأمر، فهو أمر إذن بالرهان التي وصفت بأنها ﴿ مقبوضة ﴾ والأمر بالشيء الموصوف بصفة يقتضي أن يكون ذلك الوصف من تمامه وشرطاً فيه، لأن المشروع بصفة لا يوجد إلا إذا وُجدت تلك الصفة، فدلّ ذلك على أن عقد الرهن لم يتم إذا لم يحصل القبض، فإذا حصل القبض تمّ، وإذا تمّ فقد لزم.

وكذلك: لو كان الرهن يلزم بدون قبض لم يكن لقوله: ﴿ مقبوضة ﴾ أية فائدة، وكلام الشارع يُصان عن اللغو وعدم الفائدة، فكان لا بدّ من اعتبار هذا الوصف الذي قيِّدت به الرهان ليلزم العقد.

وأيضاً: عقد الرهن فيه معنى التبرّع من جهة الراهن ـ كما مرّ معنا عند الكلام عن شروط العاقِدَيْن ـ لأنه لا يستوجب على المرتهن بمقابلة حبس العين شيئاً، وعقد التبرّع لا يُجبر عليه القائم به، فلو كان الرهن يلزم بمجرد انعقاده لكان مجبراً على إمضائه، ولذا لا بدّ من إمضائه باختياره، وذلك يكون بالإقباض منه والقبض من المرتهن، فإذا حصل إمضاء العقد باختياره صار ملزماً به، وامتنع عليـه الرجوع عنه.

كيفية قبض الرهن:

إذا كان القبض شرطاً لتمام عقد الرهن ولزومه، فكيف يكون هذا القبض؟ نقول: إن العين المرهونة قد تكون غير منقولة كالأرض والعقار، وقد تكون منقولة كالسيارة وغيرها من السلع.

فإذا كانت غير منقولة: كفى فيها أن يخلِّي الراهن بينها وبين المرتهن، والتخلية تكون برفع الموانع التي تحول دون استلامها، كما لو كانت مشغولة بأمتعة، أو بمَن يسكن الدار مثلاً، وما إلى ذلك، فإقباضها وقبضها يكون بتفريغها وعدم الحيلولة دون استلامها.

وإذا كانت العين المرهونة منقولة: فلا يكفي فيها التخلية، بل لا بدّ فيها من التناول والنقل حسب العُرْف بالنسبة للشيء المنقول، وما يسمى قبضاً له في العادة، فإذا لم يحصل ذلك لا يعتبر القبض.

وهذا إذا كانت العين المنقولة أو غير المنقولة كلها رهناً، فإذا كان بعضها هو المرهون، وهو رهن **المشاع** الذي أشرنا إليه عند الكلام عن المرهون، فكيف يكون القبض فيه؟

والجواب: أنه إن كانت العين منقولة كان قبضها بتسليمها كلها للمرتهن، وذلك بعد إذن الشريك بالقبض، لأنه لا يحصل إلا بالنقل كما علمت. فإن أبى الشريك ذلك ولم يأذن بالنقل: فإما أن يرضى المرتهن بوضعها في يد الشريك كلها، ويعتبر الشريك نائباً عن المرتهن في قبض الحصة المرهونة، فيجوز ذلك ويتمّ العقد. وإذا لم يرضَ المرتهن بذلك رفع الأمر إلى القضاء، وعندها ينصب الحاكم عدلاً تكون العين في يده لهما، أي للمرتهن والشريك.

وللشريك أن ينتفع بالعين المرهونة بنسبة ملْكه منها، وبإذن من المرتهن أو القاضي.

أحكام عقد الرهن

علمنا أن لكل عقد من العقود الشرعية أحكاماً، وهي الآثار التي يرتبها الشارع على وجود ذلـك التصرف بين المتعاقِدَيْن، وانعقاده صحيحاً بوجود أركانه وتحقّق شروطه. وعقد الرهن مثل غيره من العقود: إذا صحّ ولزم، على المعنى الذي علمتَ، ترتّبت عليه آثاره وثبتت له أحكامه، فما هي هذه الأحكام؟

سنتكلم عن هذه الأحكام، ولتسهيل البحث نجعلها أقساماً أربعةً:

- القسم الأول: الأحكام التي تتعلق بالمرهون حال بقائه في يد المرتهن.
- القسم الثاني: الأحكام التي تتعلق بالمرهون حال هلاكه.
- القسم الثالث: الأحكام التي تتعلق بنماء المرهون وهو في يد المرتهن.
- القسم الرابع: أحكام فرعية تتعلق بالرهن.

● القسم الأول: ما يتعلق بالمرهون حال بقائه في يد المرتهن:

بعدما يدفع الراهن العين المرهونة إلى المرتهن، وقد تكاملت أركان الرهن وشروطها، يترتب على ذلك آثار وأحكام من حيث: حبس المرهون، وحفظ العين المرهونة ومؤونتها، وما هي حقيقة يد المرتهن على المرهون؟ وهل ينتفع بالعين المرهونة في هذه الحالة؟ وما حكم التصرّف بهذه العين؟ وفكاك الرهن وتسلمه وردّه بوفاء الدين، ومتى يُباع المرهون وكيف؟ وإليك الكلام عن هذه الأمور:

أولاً ـ حبس المرهون:

علمنا أن عقد الرهن لا يتم ولا يلزم إلا بقبض العين المرهونة، فإذا قبضها المرتهن تم العقد ولزم، وليس للراهن الرجوع عنه واسترداد المرهون إلا بفكاكه

بوفاء الدَّيْن. وبالتالي صار للمرتهن حق في أن يحتبس العين المرهونة عنده، وليس للراهن أن يُخرجها من يده.

ويكفي لتمام الرهن القبض الأول، فلا يشترط استدامة هذا القبض، كما لا يشترط أن تبقى العين المرهونة محبوسة على الاستمرار لدى المرتهن حتى يبقى عقد الرهن مستمراً. ولذا كان للمرتهن أن يخرج المرهون من يده برضاً منه وإذنٍ، ويدفعه للراهن، ولا يبطل بذلك الرهن ولا ينقطع، ويبقى حق المرتهن متعلِّقاً بالمرهون، له أن يعيده إلى يده ويحتبسه متى شاء.

وذلك: لأن القصد من الرهن الاستيفاء، وذلك ممكن بدون استمرار الحبس، ولأن الراهن يملك منافع الرهن كما سيأتي بيانه، فله أن يستوفي هذه المنافع بإذن المرتهن، وذلك لا يكون إلا باستخراج المرهون من يده.

ثانياً ـ حفظ الرهن ومؤونته:

حفظ الرهن يعني: مراقبته ورعايته والإبقاء عليه من أن يناله ضرر أو تلف كأن يسرق مثلاً، وذلك من مصلحة المرتهن، لأن مصلحته أن يبقى الرهن سالماً كي يستوفي حقه منه إذا تعذّر على الراهن وفاء الدَّيْن. ولذا كان حفظه عليه ومن واجبه لأنه من مصلحته، ولأنه تحت يده ورعايته، وكلّ مَن كانت له يد على شيء كان عليه حفظه ورعايته، وعليه أن يحفظه بنفسه حسب العُرف والعادة، لأنه هو العاقد الملتزم بالحفظ بمقتضى العقد.

فإذا احتاج الحفظ إلى مستودع مثلاً كانت عليه أُجرته، أو إلى خزانة كان عليه إيجادها، أو أُجرة حارس، وهكذا.

وأما مؤونة الرهن، وهي: كل ما تحتاجه العين من نفقة لبقائها، كعلف الدابة وسقي الأشجار، وترميم الدار مثلاً، فهو على الراهن، لأنه لا بدّ منه لبقاء العين التي هي ملكه، ويُجبر عليها كي لا تهلك العين، محافظة على حق المرتهن.

ودلّ على ذلك: قوله ﷺ: «لا يَغلق الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمه وعليه غُرْمه» ومن غُرْمه نفقته ومؤونته. (رواه الشافعي في الأم: كتاب

الرهن، باب: ضمان الرهن: ١٤٧/٣. والدارقطني: البيوع، رقم الحديث: ١٣٣).

ثالثاً ـ يد المرتهن:

علمنا أنه إذا تحققت شروط الرهن بعد وجود أركانه فقد انعقد صحيحاً، وللمرتهن الحق في أن يقبض العين المرهونة إذا لم يرجع الراهن عن الرهن، فإذا قبض المرتهن العين صار له الحق في احتباسها عنده حتى يؤدى الدَّيْن، وليس للراهن أن يخرجها من يده إلا بإذن منه. وهذا هو معنى اليد، أي أن العين المرهونة في يده وتحت سلطانه.

والذي نريد أن نعلمه الآن: هل يد المرتهن على العين يد أمانة أم يد ضمان؟

ويد الأمانة تعني: أن صاحبها لا يغرَّم بسبب ما هلك تحت يده شيئاً إلا إذا تعدّى أو قصر في مسؤوليته.

ويد الضمان تعني: أن صاحبها يغرّم بسبب ما هلك تحت يده، سواء أتعدّى بالهلاك أم لا، قصّر في مسؤوليته أم لا.

والجواب: أن يد المرتهن على العين المرهونة يد أمانة، فلا يغرّم شيئاً إذا هلكت، ولا يسقط عن الراهن شيء من الدَّيْن بمقابل بعض هلاك العين المرهونة أو كلِّها، إلا إذا تعدّى في هذا الهلاك أو قصر، كما ستعلمه مفصّلاً عند الكلام عن هلاك المرهون.

ودليل ذلك قوله ﷺ: «له غُنْمه وعليه غُرْمه» ومن غُرْمه هلاكه وتلفه، وإذا كان هلاكه على الراهن فمعناه أنه هو الضامن له، وبالتالي المرتهن غير ضامن، وتكون يده يد أمانة.

رابعاً ـ الانتفاع بالمرهون:

أ ـ انتفاع الراهن بالمرهون:

قد علمنا أنه لا يشترط لبقاء عقد الرهن استمرار حبس المرهون في يد المرتهن، بل له أن يخرجه من يده بإذنٍ منه ورضاه. كما علمنا من خلال ما مرّ أن

منافع المرهون لمالكه وهو الراهن، لقوله ﷺ: «له غُنْمه» ومن غنمه منافعه. ولكنه محجوز عنها لحق المرتهن طالما أن المرهون محبوس عنده، فإذا أذن للراهن باسترداده والانتفاع به جاز له ذلك.

وكذلك قوله ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة». والذي يركب ويشرب هو المالك للمنفعة وهو الراهن، فله الانتفاع وعليه النفقة.

ولكن يشترط في ذلك:

- أن يكون الانتفاع بالعين المرهونة لا يُلحق بها ضرراً من نقص أو تلف.

- أن لا يسافر الراهن بالعين المرهونة، لأن السفر مظنة الخطر، ولا ضرورة له.

فإذا أذن المرتهن بما يُمنع منه الراهن جاز له ذلك.

وكذلك: إن أمكن الانتفاع بالمرهون وهو في يد المرتهن دون إخراجه واسترداده انتفع به عنده. وإن لم يمكن ذلك إلا باستخراجه من يده استخرجه، والأَوْلى أن يُشهد المرتهن على ذلك رجلين أو رجلاً وامرأتين، لأنه أمر ماليّ.

وعلى الراهن ردّ العين المرهونة بعد استيفائه المنفعة منها إلى يد المرتهن.

ب ـ انتفاع المرتهن بالمرهون:

علمنا أن عقد الرهن يُقصد به التوثّق للدَّيْن، وذلك بثبوت يد المرتهن على العين المرهونة، ليمكن بيعها واستيفاء الدَّيْن من قيمتها عند تعذّر وفائه على الراهن.

وعليه: فإن عقد الرهن لا يعني امتلاك المرتهن للعين المرهونة، ولا استباحته لمنفعة من منافعها، بل تبقى ملكية رقبتها ومنافعها للراهن، المالك الأصلي لها. وبالتالي: فليس للمرتهن أن ينتفع بالعين المرهونة بدون إذن الراهن مطلقاً، فإذا فعل ذلك كان متعدِّياً وضامناً للمرهون.

وهل له أن ينتفع به إذا أذن له الراهن بذلك؟

ينبغي أن نفرِّق هنا بين أن يكون الإذن بالانتفاع لاحقاً لعقد الرهن وبعد تمامه ودون شرط له، وبين أن يكون مع العقد ومشروطاً فيه:

ـ فإن كان مع العقد ومشروطاً فيه كان شرطاً فاسداً، ويفسد معه عقد الرهن على الأظهر، وذلك لأنه شرط يخالف مقتضى العقد، إذ مقتضى العقد التوثّق ـ كما علمت ـ لا استباحة المنفعة. وكذلك هو شرط فيه منفعة لأحد المتعاقِدَيْن وإضرار بالآخر، إذ به منفعة للمرتهن وإضرار بمصلحة الراهن.

ومقابل الأظهر: أن الشرط فاسد لا يُلتفت إليه، والعقد صحيح. وهو قول ضعيف.

ـ وأما إذا لم يكن الانتفاع للمرتهن مشروطاً في العقد فهو جائز، ويملكه المرتهن، لأن الراهن مالك، وله أن يأذن بالتصرّف في ملكه بما لا يضيّع حقوق الآخرين فيه، وقد أذن له بذلك، وليس في ذلك تضييع لحقه في المرهون، لأنه بانتفاعه به لا يخرج من يده، ويبقى محتبساً عنده لحقه.

خامساً ـ التصرّف بالمرهون:

المراد بالتصرف هنا: التصرّف الذي يُنشىء التزاماً وينتج أثراً شرعياً، كالهبة والبيع ونحو ذلك.

وهذا التصرّف إما أن يكون من الراهن وإما أن يكون من المرتهن، وإما أن يكون بإذن من الطرف الآخر وإما أن يكون بغير إذن.

أ ـ تصرّف الراهن بالعين المرهونة:

إذا تصرف الراهن بالعين المرهونة تصرفاً يُزيل ملكه عنها، كالبيع والهبة والوقف، **كان تصرفه باطلاً إذا كان بغير إذن المرتهن**، ولم يترتب عليه أيّ أثر شرعي، ويبقي الرهن على حاله.

وذلك: لأن المرهون وثيقة بيد المرتهن مقابل دَيْنه، فإذا أُجيز تصرّف الراهن هذا فيه فاتت الوثيقة وذهب حقّه، ولذا كان باطلاً محافظة على حقه.

وكما لا يصحّ التصرّف الذي يُزيل المِلْك لا يصح التصرّف الذي ينقص العين المرهونة حِسّاً أو مَعْنىً، كأن يعيره إلى مَن يستعمله استعمالاً يَبْليه، أو يؤجّره إلى مدة يحلّ الدَّيْن قبل انتهائها، فإن ذلك ينقصه مَعْنىً، إذ إن الرغبة تقلّ في شراء العين المؤجرة، وعندها إذا احتيج إلى بيع العين لوفاء الدَّيْن: إما أن لا تُباع،

وإما أن تُباع بأبخس من قيمتها. فإذا كانت المدة تنتهي مع حلول الدَّيْن أو قبله جاز ذلك وصحّ، لأنه لا ضرر فيه.

وكذلـك لا يصحّ له رهنه عند مرتهن آخر، لأنه يُنشىء له بذلك حقاً يزاحم فيه حق المرتهن الأول، فيفوت مقصود الرهن.

فـإذا كان التصرّف لا يتحقق فيه ما سبق كان صحيحاً ونافذاً، كالإعارة ونحوها.

كلُّ ذلك إذا كان التصرّف بغير إذن المرتهن كما علمت، **فإذا كان التصرّف بإذنه:** صحّت كلّ تلك التصرّفات ونفذت، وترتبت عليها آثارها المعتبرة شرعاً، لأن المنع من صحتها لحق المرتهن، وقد تنازل عن حقه بإذنه فيها.

لكن للمرتهن حق الرجوع عن إذنه قبل تصرّف الراهن، لأن حقَّه باقٍ طالما أن التصرف المأذون فيه لم يحصل.

فإذا لم يرجع عن إذنه وتصرّف الراهن نفذ التصرّف، وبطل الرهن إذا كان التصرّف يُزيل الملْك كالهبة ونحوها، وإذا لم يكن كذلك ـ كالإجارة ونحوها مما لا يزيل الملْك ـ بقي الرهن على حاله.

ب ـ تصرّف المرتهن:

لا يعدو تصرّف المرتهن بالعين المرهونة: أن يكون بإذن الراهن، أو بغير إذنه:

- **فإذا كان تصرّف المرتهن بغير إذن الراهن:** كان تصرّفه باطلاً لا يترتب عليه أيّ أثر شرعي، مهما كان نوع ذلك التصرّف، وإذا سلـم العين المرهونة بسبب تصرّفه كان في ذلك متعدّياً، وصارت العين المرهونة مضمونة عليه. وذلك لأنه تصرّف بغير ملكه وبغير إذن المالك، لأن المرتهن لا يملك العين المرهونة، كما أنه لا يملك منفعتها.

- **وإذا كان تصرّف المرتهن بالعين المرهونة بإذن الراهن:** صحّ تصرّفه ونفذ، لأنه

تصرّف بإذن المالك في ملْكه، وإنما يُنظر:

- فإن كان التصرّف يُزيل الملْك كالهبة والبيع بطل الرهن، لأن الوثيقة قد ذهبت.
- وإن كان لا يُزيل الملْك - كالإعارة والإجارة - لم يبطل الرهن، لأن عين الوثيقة - وهي المرهون - لا تزال قائمة.

سادساً - فِكاك الرهن وتسليمه وردّه بوفاء الدَّيْن:

إذا سَدَّد الراهن ما عليه من الدَّيْن كاملاً انفكّ المرهون وانتهى عقد الرهن، ووجب على المرتهن ردّ العين المرهونة على الراهن وتسليمها له، سواء أكان ذلك عند انتهاء الأجَلْ للدَّيْن أم قبله. وإذا لم يفعل ذلك، وقصّر في الرد أو امتنع دون عذر، كان ضامناً للعين، لأنه صار في حكم الغاصب، إذ لم يبق له حق في احتباس العين المرهونة. فإذا كان له عذر، كأن كانت العين غائبة في مكان لا يتمكن من إحضارها إلا بعد زمن، لم يكن ضامناً، وكذلك لو امتنع من تسليمها لعلمه أن هناك مَن سيغصبها من الراهن إذا دفعها إليه، والله تعالى أعلم.

وإذا دفع الراهن دَيْنه على أقساط: فإنه لا ينفك شيء من الرهن حتى يؤدي الدَّيْن كله، أو يبرئه المرتهن مما بقي له من أقساط. وليس له أن يطالب بفك جزء من العين المرهونة لو كانت قابلة للتجزّؤ، مقابل ما دفعه من أقساط.

وذلك: لأن الرهن وثيقة بجميع أجزاء الدَّيْن، فلا ينفك جزء منه إلا بأداء جميع الدَّيْن، وعلى ذلك أجمع الفقهاء.

فلو شرط الراهن في العقد: أنه كلما قضى من الدَّيْن قسطاً انفكّ من الرهن بقدره فسد الرهن، لاشتراط ما ينافيه.

سابعاً: بيع المرهون:

إذا حلّ أجل الدَّيْن، ولم يكن عند الراهن وفاء له، وطالب المرتهن به، بِيع المرهون ليُستوفى الدَّيْن من قيمته.

والذي له حق بيعه هو الراهن أو وكيله، لأنه هو المالك له ووكيله نائب عنه، وإنما يُشترط في هذا إذن المرتهن، لأن له حقاً في ماليّته، أي في قيمته، ليستوفي دَيْنه منها.

فإن لم يأذن المرتهن في بيعه رُفع الأمر إلى القضاء، وأمره القاضي بالإذن

ببيعه أو إبراء الراهن من الدَّيْن، فإن لم يفعل شيئاً من ذلك باعه الحاكم رغماً عنه، ووفّاه دَيْنه من ثمنه، دفعاً للضرر عن الراهن.

وكذلك لو امتنع الراهن من بيع المرهون في هـذه الحالة: فإن القاضي يلزمه بقضاء الدَّيْن أو بيع المرهون، فـإنْ أبى باعه الحاكم رغماً عنه، ووفّى المرتهن دَيْنه من ثمنه، دفعاً للضرر عنه.

فإذا كان للراهن متاع آخر يمكن أن يُباع ويوفّى الدَّيْن من ثمنه لم يُجبر على بيع المرهون، إذا رغب ببيع غيره والوفاء منه، لأن المرهون لم يتعيّن للوفاء، لأن الواجب وفاء الدَّيْن من مال المدين، فلا فرق بين المرهون وغيره، كما لو لم يكن بالدَّيْن رهن، فإنه لا يتعين لوفائه مال دون مال.

وإذا أذِنَ الراهن للمرتهن أن يبيع العين المرهونة: فالأصح أنه إذا باعها في حضرة الراهن صحّ ذلك، لأن الراهن يستطيع أن يرجع عن الإذن قبل إبرام العقد إذا وجد أن في البيع غبناً له. أما إذا باع المرتهن في غَيْبة الراهن فلا يصحّ البيع، لأن بيعه لغرض نفسه، وهو استيفاء دَيْنه، فيتّهم حال غَيْبة الراهن بالاستعجال وعدم التروِّي والتحفّظ لمصلحة الراهن، مما لا يحصل في حال حضوره.

● **القسم الثاني: ما يتعلق بهلاك العين المرهونة واستهلاكها:**

قد تتعرض العين المرهونة إلى التَّلَف: إما بهلاكها بنفسها أو بآفة سماوية، أي بدون أي فعلٍ يقع عليها من أحد، وإما باستهلاكها من قِبَل الراهن أو المرتهن أو غيرهما، ولكلِّ حال حكمها.

١" ـ هلاكها بنفسها:

وذلك لا يخلو من أن يكون الهلاك بتعدٍّ أو تقصير أو لا يكون بتعدٍّ أو تقصير:

فإن كان الهلاك بتعدٍّ أو تقصير: كانت العين المرهونة مضمونة على المتعدِّي أو المقصِّر، سواء أكان الراهن أو المرتهن أو غيرهما، لأن المتعدّي والمقصِّر ضامن على أيّ حال. والضمان يكون بمثلها إن كانت لها مثل، أو بقيمتها إن لم يكن لها مثل. ويكون المثل أو القيمة رهناً بدلها في يد المرتهن.

وإن كان الهلاك بلا تعدٍّ أو تقصير: فلا ضمان على المرتهن إن كانت في

يده، وإنما تهلك من مال الراهن، ولا يسقط شيء من الدَّيْن بهلاكها، لأن يد المرتهن عليها يد أمانة.

ودليل ذلك:

- قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن، الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غُنْمه وعليه غُرْمه».

(أخرجه الشافعي في الأم: كتاب الرهن، باب: ضمان الرهن: ١٤٧/٣).

ومعنى أن الرهن من صاحبه أن هلاكه يكون من ماله، بدليل قوله: «له غنمه وعليه غرمه». وغنمه: سلامته وزيادته ومنافعه، وغرمه: نفقته ونقصه وهلاكه. فكان هلاكه من مال مالكه وهو الراهن. ولكن لا يضمن بدله ليوضع رهناً، لأنه لم يتعدَّ بهلاكه.

- ومما يؤكد ما سبق من فهم الحديث: أن الرهن وثيقة بالدَّيْن، فإذا هلك بدون تعدٍّ كان كهلاك غيره من الوثائق كالصكّ الذي كُتب فيه الدَّيْن والشاهِدَيْن والكفيل، ولا يسقط شيء من الدَّيْن بهلاك شيء من هذه الوثائق، فكذلك لا يسقط شيء منه بهلاك العين المرهونة.

٢" - استهلاك العين المرهونة:

استهلاك العين المرهونة: إما أن يكون من قبل الراهن، أو من قبل المرتهن، أو من قبل غيرهما، وهو ما نسمّيه بالأجنبي، أي الذي لا علاقة له بعقد الرهن، وأيّاً منهم كان المستهلِك كان ضامناً لقيمة العين المرهونة، ولكن لكلٍّ حالة أحكامها:

١ - **فإذا كان المستهلك هو الراهن** ترتبت الأحكام التالية:

أ - إذا كان الدَّيْن قد حلّ أجله يطالب الراهن بالدَّيْن، ولا يطالب بالضمان، أي بقيمة المرهون لتكون رهناً جديداً، إذ لا فائدة في ذلك طالما أن الأجل قد انتهى.

ب - فإذا كان الدَّيْن لم يحلّ أجلُه بعدُ طُولب بالمثل أو القيمة، ليكون ذلك رهناً في يد المرتهن بدل العين الهالكة حتى يحلّ أَجَل الدَّيْن، لقيام الضمان مقام العين المضمونة.

جـ ـ الذي يخاصم الراهن في التضمين ويرافعه لدى القضاء هو المرتهن، لأنه صاحب الحق في مالية العين المرهونة، إذ من حقه حبسها ليستوفي منها دَيْنه عند حلول الأجل إذا تعذّر على الراهن وفاؤه.

٢ ـ **وإن كان المستهلك هو المرتهن** ترتب ما يلي من الأحكام:

أ ـ فهو ضامن لمثله أو قيمته يوم قبضه له، لأن قبضه هو المعتبر في ضمانه، إذ به دخل في ضمانه، لأنه قبض لمصلحته لاستيفاء الدَّيْن منه.

وإنما كان ضامناً ـ رغم أن يد المرتهن على الرهن يد أمانة ـ لأنه أتلف مال غيره بغير حق.

ب ـ فإن كان الدَّيْن لم يحلّ أجَله بعدُ كان المثل أو القيمة رهناً في يد المرتهن حتى يحلّ الأجل، لأن ذلك بدل العين المرهونة فيأخذ حكمها.

جـ ـ وإن كان الدَّيْن قد حلّ أجله، وكان الضمان من جنس الدَّيْن استردّ المرتهن منه حقه، وردّ الزيادة إن فضل شيء عن الدَّيْن، وإن كان الدَّيْن أكثر رجع على الراهن بالنقص، وإن كانا متساوِيَيْن حصلت المقاصّة، ولا شيء على واحد منهما.

٣ ـ **وإن كان المستهلك أجنبياً** ترتب ما يلي من الأحكام:

أ ـ يضمن قيمة الرهن يوم الاستهلاك إن لم يكن له مثل، فإن كان له مثل ضمن مثله، ويكون المثل أو القيمة رهناً عند المرتهن بدل العين المستهلكة.

ب ـ الذي يخاصم في الضمان هو الراهن، لأنه هو المالك للعين المستهلكة ومنفعتها، وللمرتهن أن يحضر الخصومة لتعلّق حقّه بالبدل الذي سيكون رهناً عنده، فإن لم يخاصم الراهن فليس للمرتهن أن يخاصم على الأصح.

● **القسم الثالث: ما يتعلق بنمَاء الرهن:**

نمَاء الرهن هو ثمرة المرهون وغلّته وزيادته، متصلاً كان كالسِّمَن أو منفصلاً

كالولد، وسواء أكان متولِّداً من الأصل كالثمرة والولد والسِّمَن، أم غير متولِّد منه كأجرة الدار وكسب السيارة.

إذا حصل هذا النماء للعين المرهونة كان ملكاً للراهن، لأنه نماء ملْكه، فهو تبع للأصل في الملْك. ولكن هل يدخل هذا النماء في عقد الرهن تبعاً للأصل، ويكون للمرتهن حق احتباسها معه حتى يفكّ المرهون، أم للراهن أخذها، لأنها لم يجرِ عليها عقد الرهن؟

والجواب: أنه من الواضح دخول الزيادة المتصلة كالسِّمَن ونحوه في الرهن، لأنه لا يمكن انفصالها أو تمييزها عن الأصل.

وأما الزيادة المنفصلة: كالولد واللبن والثمرة وما أشبه ذلك، فلا تدخل في الرهن، وليس للمرتهن أن يحبسها عن الراهن، لأنها ملْكه ولم يجرِ عليها عقد الرهن. دلّ على ذلك: قوله ﷺ: «له غنمه..» ومن غنمه: زوائده ونماؤه.

● **القسم الرابع: أحكام فرعية تتعلق بالرهن:**

هناك أحكام فرعية غير ما سبق تتعلق بالرهن، وهي:

أولاً ـ وضع المرهون على يد عدْل:

قد يطلب المرتهن رهناً بدَيْنه، ولا يطمئن الراهن إلى وضعه في يده، فيتفقان على وضعه عند إنسان يثقان به ويرضيانه، لعدالته وحُسْن سيرته وأمانته وحرصه على رعاية مصالح الناس.

فالعدل: هو الثقة الأمين الذي يرضى به كل من الراهن والمرتهن، ليضعا عنده العين المرهونة.

وحكم ذلك: أنه جائز ومشروع إذا شرطاه أو اتفقا عليه، فإذا قبض العين المرهونة صحّ قبضه وتمّ عقد الرهن، وكان في ذلك وكيلاً عن المرتهن في القبض.

ويتعلق بوضع المرهون على يد العدل أحكام، وهي:

١ ـ ليس للعدل أن يدفع العين المرهونة إلى الراهن أو المرتهن بلا إذن الآخر، لأن

كلاًّ منهما لم يرضَ بوضعه في يد صاحبه أولاً، ولأن كل واحد منهما قد تعلّق حقه بالمرهون: فحق الراهن حفظ ملْكه في يد مَن ائتمنه، وحق المرتهن التوثّق من أجل استيفاء الدَّيْن، فليس له أن يبطل حق واحد منهما بدفعه إلى الآخر بغير إذنه، فإذا أذن في ذلك جاز.

فإذا دفعه إلى أحدهما بدون إذن الآخر كان متعدِّياً، وصار ضامناً للعين المرهونة، يضمن قيمتها إذا تلفت.

٢ ـ إذا هلكت العين المرهونة في يده بلا تعدٍّ ولا تقصير لم يضمن، لأن يده يد المرتهن هنا، ويد المرتهن يد أمانة كما علمت، فإذا تعدّى أو قصّر ضمن، كالمرتهن.

٣ ـ ليس للعدل أن يبيع العين المرهونة عند حلول أجَل الدَّيْن وتعذّر وفائه، لأنهما جعلا له حق الإمساك لا التصرّف، إلا إذا سلّطاه على ذلك، أو شرطا في العقد أن يبيعه العدل، وعندها يجوز له بيعه، ولا يجب عليه مراجعة الراهن في الأصح. فإن عزله الراهن عن البيع صحّ عزله، ولم يملك البيع عندئذ. وكذلك للعدل أن يعزل نفسه عن ذلك، ويترك أمر البيع لهما.

٤ ـ إذا ضمن العدل قيمة الرهن ـ بسبب تعدّيه في إتلافه، أو دفعه إلى أحد المتراهنين بدون إذن الآخر وتلف في يده ـ أخذت منه القيمة ثم جعلت رهناً من جديد عنده، أو جعلت عند غيره.

ثانياً ـ رهن العين المستعارة للرهن:

قد مرّ معنا عند الكلام عن شروط المرهون أنه لا يشترط أن يكون الراهن مالكاً للعين المرهونة، بل يصحّ أن يستعير عيناً ليرهنها.

وإنما جاز ذلك: لأن الرهن توثيق للدَّيْن، وهو يحصل بما يملكه المدين وما لا يملكه كالشهود والكفالة. وكذلك الرهن بمعنى وفاء الدَّيْن وقضائه، والإنسان يملك أن يقضي دينه بمال غيره إذا أذن له بذلك.

ويتعلق بذلك أحكام:

١ ـ **تقييد الإعارة**: بمعنى أنه يشترط في ذلك أن يبيِّن الراهن المستعير للمعير:

جنس الدَّيْن وقدره وصفته والمرهون عنده، لأن الأغراض تختلف باختلاف هذه الأشياء، فقد يرضى برهن متاعه عند شخص ولا يرضى بذلك عند آخر، لاختلاف الناس في حُسْن المعاملة وعدمها. وقد يرضى برهن متاعه بدَيْن معيّن من اليسير على الراهن وفاؤه، بينما لا يرضى برهنه مقابل دَيْن قد يتعذّر عليه وفاؤه، فيُباع في ذلك متاعه، وهكذا.

٢ ـ **موافقة الراهن المستعير شروط المعير ومخالفته لها**: إذا وافق الراهن شروط المعير في رهن العين التي استعارها منه كان الرهن صحيحاً، فإذا قبض المرتهن العين المرهونة تمّ عقد الرهن ولزم، وليس للمعير ولا للراهن المستعير الرجوع عنه، وترتبت على ذلك جميع أحكام الرهن السابقة التي من جملتها: أنه إذا هلكت العين المرهونة في يد المرتهن بلا تعدٍّ ولا تقصير فلا ضمان عليه، كما أن الراهن المستعير لا يضمن شيئاً، لأنه لم يسقط عنه بهلاكها شيء من الدَّيْن الذي في ذمته، وهو لم يخالف ما شرط عليه.

أما إذا خالف الراهن المستعير شروط المعير، كأن أعاره ليرهنه عند شخص معين فرهنه عند غيره، بطل الرهن. وكذلك لو خالف في جنس الدَّيْن كأن يرهنه بنقد سوري فرهنه بغيره مثلاً، ومثله المخالفة في القدر، كأن أعاره ليرهنه بألفٍ فرهنه بألفين. أما لو كانت المخالفة في القدر إلى أقل، كأن أعاره ليرهنه بألفين فرهنه بألف، صحّ، لأنه أيسر في الوفاء، فهي مخالفة لمصلحة المعير.

٣ ـ **هلاك العين المستعارة للرهن في يد المستعير**: قد علمنا أنه إذا هلكت العين المستعارة في يد المرتهن بلا تعدٍّ أو تقصير فلا ضمان. أما إذا هلكت أو تعيَّبت في يد المستعير فإنه ضامن لها، سواء أكان ذلك قبل دفعها للمرتهن أم بعد فكاك الرهن، وسواء تعدّى في ذلك أم لم يتعدّ، لأنها تلفت في غير الاستعمال الذي استعارها من أجله، وهو الرهن هنا، والعاريّة مضمونة مطلقاً إذا هلكت بغير الاستعمال، كما علمت في باب العاريّة.

٤ ـ **فك المعير للعين المستعارة للرهن**: إذا عجز الراهن عن وفاء الدَّيْن وافتكاك العين المرهونة عند حلول أجل الدَّيْن، وأراد المعير مالك العين وفاء الدَّيْن

ليفتك مِلْكه كان له ذلك، وأُجبر المرتهن على قبول الوفاء منه، لأنه غير متبرِّع بقضاء دَيْن الراهن، لأنه يسعى في تخليص مِلْكه، فلا مِنَّة له في ذلك، ولذا يُجبر الدائن على القبول، بخلاف ما لو كان الذي يقضي الدين متبرعاً، فإن الدائن لا يجبر على القبول، لما في ذلك من المِنّة.

وفي هذه الحالة يرجع المعير على الراهن المستعير بجميع ما قضى عنه من الدين.

٥ ـ **موت المعير أو المستعير**: إذا مات الراهن المستعير، ولم يترك مالاً يـؤدَّى منه الدَّيْن، بقي الرهن على حاله، ولا يباع المرهون المستعار إلا برضا المعير لأنه ملكه، فإذا رضي ببيعه ـ وكان في ثمنه وفاء للدَّيْن ـ بيع ولو لم يـرض المرتهن، لأن حقه ـ وهو استيفاء الدَّيْن ـ يحصل بالبيع. وإذا لم يكن في ثمنه وفاء الدَّيْن لم يبع إلا برضا المرتهن، لأن في حبسه منفعة له، فقد يحتاجه المالك المعير فيسعى لتخليصه بوفاء الدَّيْن كاملاً، كما أنه قد ترتفع قيمته فيكون في بيعه عندها وفاء دينه.

وإذا مات المعير وكان عليه دين، ولم يترك ما يفي به إلا العين المستعارة للرهن، أمر الراهن المستعير بفكاك الرهن، ليعود إلى ورثة المعير فيفوا منه دَيْنه، ويصل كلّ ذي حقٍّ إلى حقه. فإن عجز الراهن عن فك الرهن بقي على حاله، ولورثة المعير عندها أن يأخذوا العيـن المرهونة إن قضوا ما عليه من دَيْن، فإن لم يقضوا دَيْن المعير، وطالبوا هم والغرماء أصحاب الديون ببيع العين المرهونة بيعت إن كان في ثمنها وفاء لدين المرتهن ولو بغير رضاه، فإن لم يكن فيها وفاء لا تُباع إلا برضاه، لمصلحته في حبسه، فلعلّهم يفكّوه بوفاء الدين أو يزداد السعر.

ثالثاً ـ الزيادة في المرهون أو الدَّيْن بعد تمام عقد الرهن:

أ ـ **الزيادة في المرهون**: لو رهن شخص شيئاً ما بدَيْن، وبعد قبض المرتهن المرهون أراد الراهن أن يزيد في المرهون ويضع عيناً أُخرى، لتكون رهناً مع العين الأولى بذلك الدَّيْن نفسه صحّ ذلك، لأنه زيادة توثيق لحق المرتهن، كما لو كان له عليه دَيْن بلا رهن، ثم رهنـه شيئاً به.

فإذا قبض المرتهن تلك الزيادة صارت مرهونة قصداً لا تبعاً، وجرت عليها جميع أحكام الرهن كما تجري على المرهون الأول، وصارت معه رهناً واحداً.

ب ـ **الزيـادة في الدَّيْن**: وذلك بأن يرهن شخص متاعاً بألف مثلاً، ويتم عقد الرهن بالقبض، ثم يرغب أن يأخذ ألفاً ثانية، على أن يكون المتاع المرهون رهناً بالألفين. فإن ذلك لا يصحّ، لأنه نقص في الوثيقة، على خلاف ما سبق من الزيادة في المرهون، لأن بعض المرهون الأول هنا جعل رهناً بالدَّيْن الثاني، فنقصت الوثيقة بالدَّيْن الأول.

وكذلك فإن العين المرهونة مشغولة بالدَّيْن الأول، فالزيادة في الدَّيْن شغل لما هو مشغول، فلا يصح. بخلاف الزيادة في المرهون، فإنها شغل لما هو غير مشغول، وهو المرهون الثاني فإنه فارغ من الشغل بدَيْن، فتصح.

رابعاً ـ تعدّد أطراف الرهن:

يمكن أن يجري عقد الرهن أولاً مع أكثر من عاقِدَيْن، وأن يكون على مرهونَيْن فأكثر، وإليك بيان ذلك:

١ ـ تعدّد الراهنين:

وذلك بأن يكون لرجل واحد دَيْن على شخصين أو أكثر، فيرهن هؤلاء جميعاً عنده شيئاً ما، سجادة أو داراً أو نحو ذلك، بهـذا الدين كله في عقد واحد. ولا فرق أن يكون الدَّيْن ثبت على الجميع في صفقة واحدة، أم كان ثبوت كل جزء منه على كل واحد منهم على حدة.

إن هذا الرهن صحيح، لأن المرتهن كالمشتري والراهن كالبائع، ويصحّ أن يشتري إنسان واحد سلعة واحدة من عدة بائعين.

وهل إذا دفع أحدهم نصيبه من الدَّيْن انفك قسطه الذي يقابله من المرهون، أم يبقى كله رهناً حتى يؤدي الجميع؟

والجواب: أن الصفقة متعدِّدة لتعدّد العاقدين، فصار عقد الرهن كأنه متعدِّد والعين المرهونة كأنها متعدِّدة، ولذا ينفك من الرهن نصيبُ كلٍّ منهم إذا وفى ما

عليه من الدَّيْن.

٢ ـ تعدّد المرتهنين:

وذلك بأن يكون لاثنين أو أكثر ديون على شخص، فيرهن عندهم جميعاً متاعاً ما أو داراً مثلاً بتلك الديون، ويقبل هؤلاء.

إن هذا الرهن صحيح، سواء أكان هؤلاء شركاء في الديون التي عليه، أم لم يكونوا كذلك.

وإذا وفى الراهن دين أحد المرتهنين انفك من المرهون قسطه الذي يقابله من الدَّيْن، وذلك لتعدّد الصفقة بتعدّد المستحقِّين، وهم الدائنون، فصار كأنه عقد مع كل واحد منهم على حدة.

٣ ـ تعدّد العين المرهونة:

وذلك بأن يقول الراهن للمرتهن: رهنتك هاتين السيارتين ـ مثلاً ـ بمائتي ألف، ويقبل المرتهن ويقبض السيارتين. إن هذا الرهن صحيح.

وهل ينفك أحد الرهنين إذا أدّى قسطه من المال؟ يُنظر:

ـ فإن كان رهن العينين مقابل الدَّين بدون تفريق: لم يكن له الحق بقبض شيء من الأعيان المرهونة حتى يوفي الدَّيْن كله، لأن الأعيان المرهونة رهن بكل الدَّيْن، فتكون جميعها محبوسة بكل جزء من أجزائه، فلا ينفكّ شيء منها حتى تؤدَّى جميع الأجزاء، ويصير ذلك كحبس كل المبيع في يد البائع حتى يقبض كل الثمن.

ـ وإن كان فرّق عند الرهن فقال: كل واحدة بألف مثلاً، كان له الحق أن يقبض إحداهما إذا أدّى ما عيّن لها من الدَّيْن، لأن العقد صار في حكم عقدين حين عيّن حصة كل من المرهونين.



البَابُ التَاسِع

الكفَالَة وَالضّمَان



الكفالة

تعريفها:

هي ـ في اللغة ـ الالتزام والضم، ومنه قوله تعالى: ﴿ وكفّلها زكريا ﴾ (آل عمران: ٣٧): أي ضمّها إليه والتزم برعايتها.

وقوله ﷺ: «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا» وأشار بالسبّابة والوسطى وفرّج بينهما شيئاً. (أخرجه البخاري في الطلاق، باب: اللعان، رقم: ٤٩٩٨).

وكافل اليتيم: هو الذي يضمّه إليه ويلتزم رعايته والنفقة عليه.

وشرعاً: هي التزام حقّ ثابت في ذمة غيره، أو إحضار مَن عليه حق لغيره، أو عين مضمونة.

أي هي عقد يلتزم فيه العاقد ـ وهو المسمى الكفيل أو الضامن ـ حقاً ثابتاً لشخص في ذمة غيره، بحيث إذا لم يؤدِّه مَن عليه الحق أدّاه ذلك الملتزم. أو أن يلتزم أن يحضر الشخص الذي عليه الحق إلى مجلس القضاء أو إلى صاحب الحق. أو أن يلتزم لشخص أن يحضر له عيناً ـ هي حقّ له ـ من يد غيره التي هي في يده مضمونة عليه، كأن تكون مغصوبة.

مشروعيتها:

هي مشروعة، وربما كانت مندوبة، إذا كان القائم بها واثقاً بنفسه، ويأمن من أن يناله ضرر بسببها. وقد دلّ على مشروعيتها نصوص كثيرة، منها:

ما رواه سلمة بن الأَكْوَع رضي الله عنه قال: كنّا جلوساً عند النبي ﷺ إذ أُتي بجنازة، فقالوا: صلِّ عليها، فقال: «هل عليه دَيْن؟». قالوا: لا، قال: «فهل ترك شيئاً؟». قالوا: لا، فصلى عليه. ثم أُتي بجنازة أُخرى، فقالوا: يا رسـول الله صلِّ عليها، قال: «هل عليـه دين؟». قيل: نعم، قال: «فهل ترك شيئاً؟». قالوا: ثلاثة دنانير، فصلى عليها. ثم أُتي بالثالثة، فقالوا: صلِّ عليها، قال: «هل ترك شيئاً؟». قالوا: لا، قال: «فهل عليه دين؟». قالوا: ثلاثة دنانير، قال: «صلّوا على صاحبكم». قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله وعليَّ دينُه، فصلى عليه. (البخاري: الحوالات، باب: إن أحال دين الميت على رجل جاز، رقم: ٢١٦٨).

ومنها: أنه ﷺ تحمّل عن رجل عشرة دنانير. (أخرجه الحاكم).

وسيأتي معنا مزيد من النصوص خلال فقرات البحث.

ويُستأنس لمشروعيتها أيضاً بقوله تعالى ـ على لسان يوسف عليه السلام ـ: ﴿ ولِمَن جاء به حِمْلُ بعير وأنا به زعيم ﴾ (يوسف: ٧٢). قال ابن عباس رضي الله عنهما: الزعيم: الكفيل.

وقلنا يستأنس ولم نقل يُستدل، لأن هذا وارد في شرع مَن قبلنا، والصحيح أن شرع مَن قبلنا ليس بشرع لنا.

وهذا الذي دلّت عليه النصوص موضع إجماع المسلمين في كل الأزمان والعصور.

حكمة مشروعيتها:

هي التيسير على المسلمين وتحقيق التعاون فيما بينهم، فقد يشتري إنسان سلعة هو في حاجة إليها، ولا يجد الثمن، ولا يطمئن البائع إليه فلا يرضى بإنظاره به، ولا يتيسر له رهن يضعه به، وقد لا يرضى البائع بالرهن، فيحتاج في هذه الحالة إلى كفيل. وقد يستقرض مالاً هو في حاجة إليـه، ويطلب المقرض كفيلاً. وقد يقع في جناية يعاقب عليها، وهو بعيد عن بلده، وعليه حقوق وتَبِعات يضطر إلى أجَلٍ للقيام بها، فيحتاج إلى مَن يكفله حتى يذهب ويعود. وقد يضطر إنسان إلى

استعارة عين، ولا يرضى صاحبها بإعارتها له إلا بكفيل يضمن له ردّها سالمة. وقد تكون في يده عين مغصوبة، يحتاج إلى أجل لإحضارها، فيأبى صاحبها أن يفلته إلا بكفيل، وهكذا. فالمصلحة في تشريع الكفالة واضحة، والحاجة إليها أكيدة، وشرع الله تعالى إنما جاء لرعاية مصالح العباد، وتخليصهم من الحرج.

قال الله تعالى: ﴿ يريدُ الله بكُمُ اليُسْر ولا يريد بكُمُ العُسْر ﴾ (البقرة: ١٨٥). وقال: ﴿ ما جَعَلَ عليكم في الدِّين من حَرَج ﴾ (الحج: ٧٨).

وقال ﷺ: «إن الدِّين يُسْر» وقال: «يسِّروا ولا تعسِّروا».

(أخرجهما البخاري: في الإيمان، باب: الدين يسر، رقم: **٣٩**، وفي العلم، باب: ما كان النبي ﷺ يتخولهم بالموعظة والعلم..، رقم: **٦٩**).

أنواع الكفالة:

الكفالة نوعان:

فهي إما أن يتكفل بدَيْن ثبت في ذمّة إنسان، يلتزم الكفيل أداءه إذا لم يؤدِّه مَن هو عليه في أجله، وتسمى: **الكفالة بالدَّيْن**، كما تسمى: **الضمان**.

وإما أن يتكفّل بإحضار مَن لزمه حق، من دَيْن أو غيره كقصاص مثلاً، دون أن يتكفّل بأداء الدَّيْن، وتسمى: **كفالة بالنفس**.

أركان الكفالة

للكفالة أركان خمسة، سواء أكانت كفالة مال أم كفالة نفس، وهي: الكفيل، والمكفول له، والمكفول عنه، والمكفول به، والصيغة، ولكلٍّ منها شروط، نبيِّنها فيما يلي إن شاء الله تعالى.

الركن الأول: الكفيل:

وهو الضامن الذي يلتزم بأداء الحق المضمون، أو إحضـار الشخص المكفول. ويشترط فيه:

أن يكون أهلاً للتبرّع، بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً، لأن الكفالة تبرّع، فيشترط أن يكون الكفيل أهلاً له. فلا تصحّ كفالة المجنون ولا الصبي، لأنهما ليسا من أهل التبرّع، ولا سلطان لهما على أنفسهما ومالهما، فلا سلطان لهما على غيرهما من باب أولى. وكذلك لا تصحّ الكفالة بالمال ممّن كان محجوراً عليه بسفه، لأنه تصرّف مالي، وهو محجور عليه في التصرفات المالية، لأنه لا يحسنها.

ويتفرّع على ذلك: أنه مَن كان مريضاً مرضاً يخاف معه موته ليس له أن يكفل إلا في حدود ثلث ما يملك، لأنه محجور عليه التصرفات المالية التي هي من قبيل التبرّع في أكثر من ثلث ماله، أما في حدود الثلث فجائز.

الركن الثاني: المكفول له:

وهو مستحق الحق، الذي يلتزم الكفيل بما التزم به حفظاً لحقه. ويشترط فيه:

أن يكون معروفاً لدى الضامن معرفة عينية، أي أن يعرف شخصه، فلا يكفي أن يعرف نسبه مثلاً، واشتُرطت معرفته لأنه هو صاحب الحق الذي سيُطالب الكفيل به، والناس يتفاوتون في المطالبة بحقوقهم شدّة ويُسراً، فلا بدّ لمن يلتزم بالأداء أن يعرف مَن سيطالبه. وكذلك إذا كان مجهولاً لا يتحقق ما شرعت له الكفالة، وهو التوثّق لصاحب الحق. واكتفي بمعرفة شخصه لأن الظاهر غالباً عنوان الباطن.

ويُشترط معرفة وكيله إن كان له وكيل، لأن الغالب في الناس أن يوكّل مَن هو أشدّ منه في المطالبة، ولهذا تغني معرفة الوكيل عن معرفة الأصيل.

ولا يُشترط حضور المكفول له، كما لا يُشترط قبوله الكفالة أو رضاه بها، لأنها التزام وضمان لصالحه لا يرتب عليه شيئاً. ودليله حديث أبي قتادة رضي الله عنه، إذ لم يتعرّض فيه إلى المكفول له. وقيل: يشترط رضاه دون التلفّظ بقبوله.

الركن الثالث: المكفول عنه:

وهو المطالَب بالحق من قِبَل المكفول له، ويعبَّر عنه أحياناً **بالأصيل** مقابل الكفيل. ويشترط فيه أن يكون ثَبَت في ذمته حقٌّ مِنْ دَيْن أو نحوه، مما يصحّ ضمانه.

ولا يشترط رضا المضمون عنه في المال قولاً واحداً، لأن قضاء دَيْن غيره بغير إذنه جائز، فالتزامه جائز من باب أولى، ولذا صحّ الضمان عن الميت وإن لم يخلف وفاءً. وكذلك ضمانه عنه معروف، والمعروف يُصنع مع مَن يعرفه ومَن لا يعرفه، وسواء أكان أهلاً له أم لا. ولا تشترط معرفته في الأصح، لأنه ليس هناك معاملة بين الكفيل والمكفول عنه.

الركن الرابع: المكفول به:

وهو الحق الذي وقع عليه الضمان والكفالة من دَيْن أو غيره، ويشترط فيه:

١ ـ **أن يكون حقاً ثابتاً حال العقد**، فلا يصحّ ضمان ما لم يثبت، سواء أجرى سبب وجوبه كنفقة الزوجة المستقبلة، أم لم يجرِ كضمان ما سيقرضه لفلان، لأن الضمان وثيقة بالحق فلا يتقدم عليه، كالشهادة.

ويكفي في ثبوت الحق اعتراف الضامن به وإن لم يثبت على المضمون شيء. فلو قال: لزيد على عمرو مائة دينار وأنا ضامن لها، فأنكر عمرو الدَّيْن، فلزيد مطالبة الضامن به.

وقيل: يصحّ ضمان ما سيجب، كما لو قال: أَقْرِضه مائة وأنا ضامنها، ففعل، صحّ ذلك، لأن الحاجة ماسّة إليه.

ولا يصحّ ضمان النفقة المستقبلة عن القريب ونحوه قولاً واحداً، لأن سبيلها البرّ والإحسان، لا الدَّيْن.

ويستثنى من هذا ضمان الدَّرَك، وهو أن يلتزم لمن يشتري سلعة أن يردّ له ثمنها، إن خرجت السلعة معيبة أو ناقصة أو مستَحَقَّة، أي مغصوبة أو مسروقة أو ضائعة، ووجدها صاحبها، فإنه يقيم البيِّنة عليها ويأخذها، لأنه أحقّ بها. ففي هذه الحالة يعود المشتري على الضامن بثمنها. وإنما صحّ هذا الضمان ـ وهو ضمان لدَيْن لم يثبت، لأنه يثبت عند استحقاق المبيع من يد المشتري ـ لأن الحاجة تدعو إليه، وخاصة عند التعامل مع الغريب الذي يخشى أن يكون ما يبيعه مستحَقّاً لأحد، ولا يظفر به عند الاستحقاق ونحوه، فاحتيج إلى الضمان ليتوثق المشتري لما يدفعه من ثمن.

ويشترط أن يكون هذا الضمان بعد قبض البائع الثمن، لأن الضامن يضمن ما دخل في يد البائع، والثمن لا يدخل في ضمانه إلا بقبضه.

٢ ـ **أن يكون لازماً**: سواء أكان مستقراً كثمن البيع بعد القبض وانتهاء مدة الخيار، والمَهْر بعد الدخول، أم غير مستقر كثمن المبيع قبل القبض والمَهْر قبل الدخول.

ويصحّ أيضاً ضمان ما هو آيل إلى اللزوم، أي ما يلزم بنفسه ولا يتوقف لزومه على شيء، كالثمن في مدة الخيار، فإنه يلزم بنفسه بانتهاء مدة الخيار، فيصحّ ضمانه وإن لم يلزم بعد.

والمراد باللازم والآيل إلى اللزوم ما لا يملك فسخه بلا سبب كالأمثلة السابقة. فلو كان الدين غير لازم ولا آيل إلى اللزوم، بأن كان يستطيع مَن هو

عليه فسخه بدون سبب كجعل الجعالة ـ وهو أن يلتزم دفع مال معين لمن يأتي له بضالَّته ـ فهو يملك الرجوع عن ذلك قبل أن يأتيه أحد بها، فهو دين غير لازم ولا آيل إلى اللزوم، فلا يصحّ ضمانه، لأنه لا يثبت إلا بعد الفراغ من العمل، كما علمت في باب الجعالة.

٣ ـ **أن يكون معلوماً للضامن**، جنساً وقدراً وصفة، فالجنس كأن يكون دراهم أو دنانير أو غيرهما، والقدر كألف أو أكثر أو أقل، والصفة كجيد أو رديء فيما لو كان يوصف بذلك، وأن يعلم عينه إذا كان ضمان عين كالمغصوب.

وإنما اشترط العلم به لأنه إثبات مال في الذمة لآدمي بعقد، كالثمن في البيع والأجرة في الإجارة، فلا بدّ من العلم به، أو تعيينه إن كان عيناً. وقد دل على هذا ما جاء في حديث أبي قتادة رضي الله عنه حيث بيّن الدَّيْن وأنه ثلاثة دنانير.

وعليه فلا يصحّ ضمان المجهول، كضمنت مالك عليه من دين، أو أحد الدَّيْنين، أو أحد المغصوبَيْن، وهكذا.

٤ ـ **أن يكون الحق المضمون قابلاً للتبرّع به**، أي أن يكون قابلاً للانتقال لغير مَن هو له بغير عوض، كالحقوق التي ذكرت أمثلة فيما مضى. فلو كان غير قابل لذلك فلا يصحّ الضمان به، كحق الشفعة مثلاً، فهو حق للشفيع، أي للشريك الذي يملك حصة مع البائع، فإذا باع شريكه حصته لغيره كان له الحق أن يأخذها بالثمن، ولكن ليس له أن ينقل هذا الحق لغيره، فلا يصح الضمان به.

الركن الخامس: الصيغة:

وهي الإيجاب من الضامن الكفيل، والقبول من المكفول له.

ويكفي في تحقيق الكفالة إيجاب الكفيل الضامن، ولا يشترط فيها قبول المكفول له ولا رضاه، كما مرّ معنا عند الكلام عن المكفول له.

ويشترط فيها:

١ - **أن تكون بلفظ يدلّ على الالتزام**، صريحاً كان أم كناية:

فمن الصريح أن يقول: ضمنت دَيْنك على فلان، أو تحملته، أو تكفّلت به، أو تكفلت ببدن فلان، أو أنا كفيل أو ضامن بإحضار فلان ونحو ذلك.

ومن الكناية أن يقول: خلِّ عن فلان والدين الذي لك عليه هو عليَّ، ونحو ذلك.

فإن كان اللفظ لا يدل على الالتزام فلا تصحّ الكفالة، كما لو قال: أؤدي المال الذي على فلان، أو: أحضر فلاناً، ونحو ذلك. فإن مثل هذه الصيغة لا يدل على الالتزام ولا يشعر به، فهو وعد لا يلزم الوفاء به، إلا إن صحبه قرينة تصرفه إلى ذلك، كما إذا رأى صاحب الحق يريد حبس المدين، فقال: أنا أؤدي المال الذي عليه، فهذا قرينة على أنه يريد الضمان، فكأنه يقول: أنا ضامن له، فدعه ولا تتعرض له.

ويقوم مقام اللفظ من الناطق ما يدل عليه من كتابة الأخرس أو إشارته المفهمة والمعهودة.

٢ - **التنجيز في العقد**، أي عدم التعليق على الشرط، سواء أكانت كفالة مال أم كفالة بدن. فالأصح أنه لو قال: إن قَدِمَ زيد فأنا كفيل لك بما على فلان، لم يصحّ الضمان. وكذلك لو قال: إن فعلت كذا تكفّلت لك بإحضار فلان، لم تصحّ الكفالة. لأن الكفالة عقد، والعقود لا تقبل التعليق.

٣ - **عدم التوقيت في كفالة المال قولاً واحداً**، لأن المقصود منه الأداء، فلا يصحّ تأقيته. وكذلك كفالة البدن على الأصح، لأن المقصود الإحضار أيضاً.

فلو نجز الكفالة وشرط تأخير إحضار المكفول إلى أجلٍ معين جاز، كما لو قال: ضمنت إحضاره، ولكن أحضره بعد شهر مثلاً، لأنه التزام بعمل في الذمّة، فصار كالإجارة على عمل، يجوز حالاً ومؤجَّلاً.

وكذلك يصحّ أن يضمن الدَّيْن الحالَّ على أن يؤدّيه بعد أجل معلوم، لأن

الضامن متبرع، وقد لا يكون متيسراً له الأداء حالاً، والحاجة داعية إلى الضمان، فيكون على حسب ما التزمه. ويثبت الأجل في حق الضامن وحده، بمعنى أن المكفول له ليس له حق مطالبته الآن. وأما المكفول عنه ـ وهو الأصيل ـ فلا يثبت الأجل في حقه، ويبقى لصاحب الحق أن يطالبه بالوفاء الآن.

دلّ على ذلك: ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما: أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ، فقال: ما عندي شيء أُعطيكه، فقال: والله لا أُفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل. فجرّه إلى رسول الله ﷺ، فقال النبي ﷺ: «كم تستنظره؟». قال: شهراً، قال رسول الله ﷺ: «فأنا أحمل له». فجاءه في الوقت الذي قال النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: «من أين أصبت هذا؟». قال: من مَعْدِن. قال: «لا خير فيها». وقضاها عنه. (أخرجه ابن ماجه في الصدقات، باب: الكفالة، رقم: ٢٤٠٦).

وكذلك له أن يضمن الدَّيْن المؤجل حالاً، لأنه تبرع بالتزام التعجيل، فصحّ ذلك منه. ولكن لا يلزمه التعجيل على الأصح، بل يثبت في حقه الأجل تبعاً للأصيل الذي عليه الدَّيْن.

وإذا قضاه حالاً لا يرجع بما قضاه على الأصيل قبل حلول الأجل، لأن تعجيله تبرع منه، لا يسقط حق الأصيل في الأجل.

أحكام الكفالة بالنفس

١ ـ علمنا أن الكفالة بالنفس نـوع من الكفالة، وهي أن يلتزم الكفيل إحضار المكفول إلى المكفول له.

كما علمنا أنها مشروعة، لأنها تدخل في عموم الأدلة التي تدل على مشروعية الكفالة، ويؤيد ذلك ما جاء في خصوصها من آثار عن الصحابة رضي الله عنهم، منها:

ما رواه أبو إسحاق السَّبيعي عن حارثة بن مضرب قال: صلّيت مع عبد الله بن مسعود رضي الله عنه الغداة، فلما سلّم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه، وقال: أما بعد، فوالله لقد بتّ البارحة وما في نفسي على أحد إحْنَة، وإني كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة، وكان أمرني أن آتيه بغلس، فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة مسجد عبد الله بن النواحة، فسمعت مؤذّنهم يشهد أن لا إله إلا الله وأن مسيلمة رسول الله، فكذبت سمعي، وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد تواطؤوا على ذلك. فقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه: عليَّ بعبد الله بن النواحة، فحضر واعترف، فقال له عبد الله بن مسعود: أين ما تقرأ من القرآن؟! قال: كنت أتقيكم به، فقال له: تُـبْ. فأبى، فأمر به فأخرج إلى السوق فجُزَّ رأسه. ثم شاور أصحاب محمد ﷺ في بقيـة القوم، فقال عديّ بن حاتم رضي الله عنه: ثؤلول كفر، قد أطلع رأسه، فاحسمه. وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس رضي الله عنهما: استتبهم، فإن تابوا كفلهم عشائرهم، فاستتابهم فتابوا، وكفلهم عشائرهم. (أخرجه البيهقي في

كتاب المرتد، باب: من قال في المرتد يستتاب مكانه فإن تاب وإلا قتل: ٨/٢٠٦. وذكر البخاري جزءاً منه تعليقاً في صحيحه: الكفالة، باب: الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها).

[إحنة: حقد أو بغض. استطرقت: أتيتُ ليلاً. بغلس: الغلس ظلمة آخر الليل. كففت فرسي: منعته عن الجري. تواطؤوا: توافقوا واجتمعوا في قولهم. فجز: فقطع. ثؤلول كفر: الثؤلول هو ما يخرج على الجلد من حَبّات زائدة عنه، فشبّه به لشذوذه وخروجه عن الاستقامة. أطلع رأسه: أظهر كفره. فاحسمه: فاقطعه واقطع به دابر الشرّ].

وقد يستأنس لها بقوله تعالى على لسان يعقوب عليه السلام: ﴿ لن أرسله معكم حتى تُؤْتُونِي مَوْثِقاً مِنَ اللهِ لتأْتُنَّني به ﴾ (يوسف: ٦٦).

٢ ـ والكفالة بالبدن قد تكون كفالة ببدن مَن عليه مال، وقد تكون كفالة ببدن مَن عليه عقوبة.

أما كفالة بدن مَن عليه مال: فهي صحيحة مطلقاً إذا كانت تكفّلاً بإحضار مَنْ عليه مال، سواء أعلم بمقدار المال أم لا، لأنه تكفّل بالبدن ولم يتكفل بالمال، ولهذا لا يُطالَب بالمال، وإنما يطالب بإحضار المكفول. وإنما يشترط أن يكون المال الذي في ذمّة المكفول مما يصحّ ضمانه على ما علمت عند الكلام عن المكفول به.

وأما كفالة بدن مَن عليه عقوبة: فيُنظر:

فإن كانت العقوبة حقاً لآدمي، كقصاص وحدّ قذف ـ فإنهما حق للآدمي، لأن القصاص بدل النفس وحدّ القذف لدفع العار عنه ـ فإنها صحيحة، لأنها كفالة بحق لازم، فأشبهت الكفالة بالمال.

وإن كانت العقوبة حقاً لله تعالى، كحدّ الخمر والسرقة والزنا، فلا تصحّ. لأن الحدود مبناها على الدرء ـ أي الدفع ـ والإسقاط، طالما أنها حقوق لله تعالى، فالمطلوب منّا سترها والسعي في دفعها ما أمكن، وقطع الوسائل المؤدية إليها. والكفالة بها إظهار لها وسعي في تأكيدها وتوسيعها فلا تصحّ.

٣ ـ أحكام أُخرى تتعلق بالكفالة بالبدن، منها:

١″ ـ **مكان تسليم المكفول ووقته**: فإذا شرط الكفيل وقتاً معيناً لتسليم المكفول لزمه إحضاره فيه إذا طالب المكفول له بإحضاره، وفاءً بما التزمه. فإذا أحضره فقد وفى ما عليه، وإن لم يحضره حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء ما استحق عليه.

فإن غاب المكفول ـ وجهل الكفيل مكانه ـ لم يلزمه إحضاره، لعذره في ذلك، ويقبل قوله في دعوى جهالة مكانه بيمينه.

وإن علم مكانه لزمه إحضاره، إن أمِنَ على نفسه في الطريق وغلبت السلامة، ويُمهل مدة الذهاب والإياب حسب العادة والإمكان.

فإن مضت المدة التي أمهله إياها ولم يحضر المكفول حبسه أيضاً إلا إذا أدّى ما على المكفول من الدَّيْن، لأنه مقصِّر في تسليم ما وجب عليه تسليمه وهو المكفول.

وإذا حبسه استمر بحبسه إلى أن يتعذر إحضار الغائب، بموت أو جهل بموضعه أو بإقامته عند مَن يحميه ويمنعه من أن يصل إليه أحد.

وإذا أدى الدَّيْن حتى لا يُحبس، ثم جاء الغائب المكفول، كان له استرداد ما أدّاه إن كان باقياً على حاله، أو بدله إن كان قد استهلك، لأنه ليس متبرعاً بأدائه. هذا من حيث الزمان.

وأما من حيث مكان التسليم: فإن كان الكفيل قد عَيَّن مكاناً لتسليم المكفول تعيّن إن كان صالحاً للتسليم، تبعاً لشرطه. فإن لم يكن صالحاً لذلك، أو كان له مؤونة حُمل على أقرب مكان إليه. ويشترط في هذا إذن المكفول، فإن لم يأذن فسدت. وإذا لم يعيّن مكاناً للتسليم فمكانه مكان الكفالة إن كان صالحاً لذلك، وإن لم يكن صالحاً تعيَّن أقرب مكان لمكان الكفالة يصلح لهذا.

٢" - يبرأ الكفيل إذا سلم المكفول في مكان التسليم على ما علمت، ويُشترط أن لا يكون هناك حائل يمنع المكفول له من الوصول إلى حقه، لقيام الكفيل بما التزمه. فإذا سلّمه في موضع التسليم، وكان هناك حائل يمنعه من الوصول إلى حقه، كذي منعة يمنعه منه، فلا يبرأ الكفيل، لعدم حصول المقصود بتسليمه.

فإذا سلّمه في غير مكان التسليم، ولم يرضَ المكفول له أن يستلمه، فلا يجبر على استلامه إذا امتنع لغرض، كأن يكون له في مكان التسليم بيِّنة أو مَن يعينه على الوصول إلى حقه. فإن لم يكن له غرض في امتناعه أجبره الحاكم على استلامه، فإن أبى استلمه عنه. فإن فقد الحاكم أشهد الكفيل على تسليمه له، وبرىء.

وكما يبرأ الكفيل إذا سلم المكفول بالشروط السابقة يبرأ أيضاً إذا سلم المكفول نفسه، فإن أبى استلامه أجبر على ذلك على ما سبق من تفصيل في تسليم الكفيل له. ولا يكفي مجرد حضور المكفول، بل لا بدّ من أن يقول: سلّمت نفسي عن فلان.

٣" - ويبرأ الكفيل فيما إذا مات المكفول ودُفن، أو توارى ولم يعرف محله، ولا يُطالب بما عليه من حق، لأنه التزم إحضار المكفول، ولم يضمن ما عليه من حقوق.

٤" - لو شرط في الكفالة بالنفس: أنه إن عجز الكفيل عن إحضار المكفول ضمن ما عليه من الحق بطلت الكفالة على الأصح. لأنه شرط ينافي مقتضى الكفالة بالنفس، لأن مقتضاها عدم الغرم بالمال، لأنها ليست ضماناً بالمال.

٥" - يبرأ الكفيل من المطالبة بإحضار المكفول إذا أبرأه المكفول له من ذلك، لأنه ملتزم بإحضاره لحق المكفول له، وقد تنازل عن حقه، فلا مطالبة.

٦" - يشترط في الكفالة بالنفس رضا المكفول على الأصح، لأن الكفيل فيها لا

يغرم المال عند العجز، فلا فائدة لها إذن إلا إحضار المكفول، ولا يلزمه الحضور مع الكفيل إذا لم يكن راضياً بكفالته له.

والأصح أنه لا يشترط رضا المكفول له، لأنها وثيقة له فتصحّ من غير رضاه كالشهادة. وكذلك هي التزام حق له من غير عوض يدفعه، فلا يعتبر رضاه فيها.

أحكام الكفالة بالمال

الكفالة بالمال هي ما يسمى بالضمان، وهي: أن يلتزم إنسان أداء ما في ذمة غيره من مال إذا لم يؤدّه المدين. وهي أحد نوعي الكفالة كما سبق.

وهي مشروعة كما علمنا، لما ذكرنا من الأدلة عند الكلام عن مشروعية الكفالة عامة، فيدخل فيها الضمان دخولاً أولياً. وقد أجمع المسلمون في كل العصور على مشروعيتها.

ولقد علمت الصيغة التي تنعقد بها هذه الكفالة، كما علمت أركانها وشروطها فيما سبق، وإليك الآن بعض أحكامها:

١ ـ مطالبة الكفيل والمكفول عنه:

إذا ضمن شخص ما في ذمة غيره ثبت لصاحب هذا الدَّيْن حق مطالبته به، ولا يعني ذلك براءة ذمة المدين الأصيل المكفول عنه، بل لصاحب الحق مطالبته أيضاً، لأن ذمته هي المشغولة بالدَّيْن أصلاً، وانضم إليها انشغال ذمة الضامن به، ولأن الضمان وثيقة للدَّيْن كالرهن والصك، فلا يتحول من ذمّة المدين إلى الوثيقة إذا وجدت.

ولهذا لو شرط في عقد الضمان أن يبرأ الأصيل من الدين لم يصحّ الضمان، لأن الضمان توثيق للدَّيْن، وهذا الشرط ينافيه، لأن التوثيق يحصل بضمّ ذمّة أُخرى إلى ذمّة الأصيل، لا ببراءتها.

وقد دلّ على هذا ما جاء في حديث أبي قتادة رضي الله عنه: فتحملهما أبو قتادة، ثم قال رسول الله ﷺ بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» قال: إنما مات

أمس، ثم أعاد عليه بالغد، قال: قد قضيتها. قال: «الآن بردت عليه جلده». (أخرجه أحمد في مسنده: ٣/٣٣٠ من حديث جابر رضي الله عنه).

فقوله: «الآن بردت عليه جلده» يدل على أن الدَّيْن لم يتحوّل عن المدين ولم تبرأ منه ذمته بمجرد الضمان، ولو كان كذلك لبردت عليه جلده من حين الضمان. وإذا لم تبرأ ذمة المدين الأصيل من الدين فلصاحبه مطالبته به، كما يطالب الضامن لأنه التزم ذلك، فإذا حضر الكفيل الضامن والأصيل المضمون عنه، وكلاهما موسر، فلصاحب الدَّيْن أن يطلبه ويأخذه من أيّهما شاء، لأن الأصيل الدَّيْن ثابت في ذمته أصلاً، وأما الكفيل: فلقول رسول الله ﷺ: «الزعيم غارم». والزعيم هو الكفيل، فيغرم الدين ويطالب به إذا لم يؤدّه المدين. (الحديث أخرجه الترمذي في البيوع، باب: ما جاء في أن العاريّة مؤدّاة، رقم: ١٢٦٥ وغيره).

٢ ـ براءة الكفيل ببراءة الأصيل:

إذا أبرأ صاحب الحق المدين الأصيل من الدَّيْن برىء الضامن من المطالبة به، لأنه تبع للأصيل، وضمانه توثيق للدَّيْن، فإذا سقط الدَّيْن بالإبراء فقد سقطت الوثيقة.

وأما إذا أبرأ صاحب الحق الكفيل من ضمانه، أو من الدَّيْن والمطالبة به، فإنه لا تبرأ بذلك ذمة المدين الأصيل، وإنما تبرأ ذمة الضامن وحده. لأن إبراء الكفيل إسقاط لوثيقة الدين من غير قبض له، فلا يسقط الدَّيْن بإسقاط الوثيقة، كتمزيق الصك وفسخ الرهن.

ويتعلق بهذا ما إذا ضمن الضامن ضامن آخر، وهو ضمان صحيح، لأن الدين المضمون لازم وثابت في ذمته، فصحّ ضمانه. وعليه: يعتبر الدين ثابتاً في ذمم ثلاثة: الأصيل والضامن الأول والضامن الثاني، ولصاحب الحق أن يطالب أيّهم شاء.

فإذا أبرأ الأصيل برئت ذمم الجميع، وإذا أبرأ الضامن الأول برئت ذمة الضامن الثاني أيضاً معه ولم تبرأ ذمة الأصيل، وإذا أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ولم تبرأ ذمة الضامن الأول ولا ذمّة الأصيل.

٣ ـ مطالبة الكفيل الأصيل بتخليصه:

إذا طالب الدائنُ صاحبُ الحق الكفيلَ بالدَّيْن، فهل للكفيل أن يطالب الأصيل المكفول بأداء الدين، ليخلصه من المطالبه به؟ يُنظر:

فإن كان الضمان بإذن الأصيل المضمون عنه كان للكفيل الحق في أن يطالبه بتخليصه من المطالبة بأداء الدَّيْن، لأنه لزمته المطالبة والأداء عنه بإذنه وأمره، فكان له حق مطالبته بتبرئة ذمته.

وإن كان الضمان بغير إذن الأصيل لم يكن للضامن الكفيل حق مطالبته بذلك، لأنه لم يلتزم ما غرِّم به بإذنه، فلا يلزمه تبرئته وتخليصه منه.

هذا إذا طالب صاحب الحق الكفيل بالدَّيْن، فأما إذا لم يطالبه به: فالأصح أنه ليس له مطالبة الأصيل بتخليصه من التزامه طالما أنه لم يطالب بذلك.

٤ ـ حلول الدَّيْن المؤجّل بالموت:

إذا مات الكفيل أو المكفول عنه حلّ الدَّيْن المؤجّل في حقه، وبقي الأجل في حق الطرف الثاني، لأن الموت مبطل للأجل، وقد وجد في حق أحدهما ولم يوجد في حق الآخر، والأجل منفعة له فلا يبطل في حقه.

فإن كان المتوفّى هو الأصيل: فللضامن الكفيل أن يطالب صاحب الدَّيْن بأخذ الدَّيْن من تَرِكَته قبل أن يقتسمها الورثة، أو إبرائه من الكفالة، لأن التركَة قد تذهب إلى أن يحين الأجل، فيغرّم هو.

وإن كان الميت هو الكفيل، وأخذ صاحب الدَّيْن دينه من تَرِكَته، فليس لورثته الرجوع على المكفول عنه قبل حلول أجل الدَّيْن، لأن الأجل باقٍ في حقه.

٥ ـ رجوع الكفيل على المكفول بما أدى عنه:

إذا أدّى المكفول عنه الدَّيْن برئت ذمته منه، كما تبرأ ذمة الكفيل، لأن ذمته شُغلت وثيقة بحق صاحب الدَّيْن، فانتهت الوثيقة بقبض الحق.

وكذلك تبرأ ذمتهما من حق المكفول له صاحب الدَّيْن إذا قضاه الكفيل، لأن صاحب الحق قد استوفاه من الوثيقة وهو الكفيل، فبرئت ذمة مَن عليه الحق وهو الأصيل، وتبرأ ذمة الكفيل تبعاً له، كما علمت.

وفي هذه الحالة: هل يرجع الكفيل على الأصيل بما أدّاه عنه أم لا؟ يُنظر:

أ - فإن كان الضمان والأداء بإذن المضمون عنه رجع الكفيل عليه، لأنه ضمن وغرم بإذنه.

ب - وإن كان الضمان بإذن من المضمون عنه، والأداء بغير إذنه: فالأصح - أيضاً - أنه يرجع عليه بما أدّاه عنه، لأن الضمان سبب الأداء، وقد أذن فيه.

جـ - وإن كان الضمان والأداء بغير إذن المضمون عنه لم يرجع الكفيل عليه بشي مما أدّاه عنه، لأنه قضى دَيْن غيره بغير إذنه، فهو متبرِّع، والمتبرِّع لا يرجع بما تبرّع به.

د - وإن كان الضمان بغير إذن من المضمون عنه، وكان الأداء بإذن منه: فالأصح أنه لا يرجع الكفيل على الأصيل بما أدّى عنه، لأن سبب وجوب الأداء هو الضمان، وهو لم يأذن فيه، فكان في معنى المتبرّع بوفاء دَيْن غيره.

وفي حال الرجوع على المكفول عنه، فبماذا يرجع عليه؟

لا شك أنه لو أدى عنه الدَّيْن الذي كان في ذمته بنفس صفته فإنه يرجع به عليه، لأنه هو الذي برئت به ذمّة المكفول عنه، وهو الذي غرمه الكفيل في نفس الوقت.

وإذا أدّى عنه غير ما ثبت في ذمته: فالأصح أنه يرجع عليه بما أدّاه إذا كان أقل من الدَّيْن، لأنه هو الذي غرمه وبذله. فإن كان أكثر من الدَّيْن رجع بمقدار الدَّيْن، لأنه هو الذي كان ثابتاً في ذمة الأصيل، وبرئت منه بالأداء عنه. فلو كان له في ذمته ألف صحيحة مثلاً، فأدى عنها ألفاً معيبة، رجع بالمعيبة. ولو صالح عن الألف بخمسمائة رجع بخمسمائة فقط.

ولو صالح عن الألف بسلعة تساوي ثمانمائة رجع بها أيضاً.

ولو كان الشيء الذي صالح عليه يساوي ألفاً ومائة - مثلاً - رجع بالألف وحده.

٦ ـ دعوى الضامن قضاء الدَّيْن:

إذا ادّعى الكفيل الضامن قضاء الدَّيْن عن الأصيل، فإما أن يقرّ بذلك المكفول له أو ينكر ذلك:

ـ فإن أقرّ المكفول له بذلك رجع الضامن بما أدّاه على الأصيل المكفول عنه، لتبرئته لذمته وسقوط المطالبة عنه بإقرار صاحب الحق. ولو أنكر المضمون عنه ذلك لم يُلتفت إلى إنكاره، لأن ما في ذمته حق للمضمون له، فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي كان له قد صار حقاً للضامن، فيقبل إقراره لكونه في حق نفسه.

ـ وإن أنكر المكفول له ذلك ينظر:

- فإن كان للضامن بيّنة على الأداء قضي بها، ورجع على المضمون عنه بما أدّاه.
- وإن لم يكن له بيِّنة على الأداء فالقول قول المكفول له بيمينه، لأنه منكر للقبض، والأصل عدمه، والكفيل مقصِّر بترك الإشهاد. فإذا حلف كان له أن يطالب مَن شاء من الضامن أو الأصيل، لأن حقه ثابت في ذمّتهما. فإذا طالب الكفيل وقضاه الدَّيْن يُنظر:
- فإن كان قضاه في غَيْبة المكفول عنه: فلا رجوع له على الأصيل قولاً واحداً إنْ كذّبه في دعواه، لأنه منكر للأداء والأصل عدمه. وكذلك إنْ صدّقه، فلا رجوع له عليه في الأصح، لأنه لم ينتفع بأدائه عنه، ولم تسقط عنه المطالبة، فلا رجوع عليه طالما أنه لم يُبرىء ذمته، لأنه هو المقصّر في عدم إشهاده على القضاء.
- وإن كان قضاه في حضور المكفول عنه رجع عليه في الأصح، وإن كان قضاء الكفيل لم يبرىء ذمته من الدَّيْن ولم يسقط المطالبة عنه، لأنه في هذه الحالة هو المقصِّر في ترك التحفّظ لحقه وطلب الإشهاد على الدفع، فكان عليه أن يحتاط لنفسه، فهو المقصّر إذن دون الضامن.

ضمان الأعيان

إذا ضمن شخص لآخر أن يردّ له العين التي يملكها من يد غيره، يُنظر:

- فإن كانت العين أمانة في يد مَن هي بيده - كالوديعة - لم يصح ضمانها، لأنها إذا لم يجب ضمانها على مَن هي عنده فمن باب أولى أن لا يجب ضمانها على غيره الذي يضمنها.

- وإن كانت العين مضمونة على مَن هي في يده - كالعين المغصوبة، والمستعارة، والمقبوضة على سوم الشراء، والمبيع قبل قبض المشتري له من البائع - صحّ ضمانها.

ويشترط في هذا الضمان: أن يأذن فيه مَن كانت العين تحت يده، أو أن يكون الضامن قادراً على انتزاع العين منه.

فإذا صحّ الضمان: برئت ذمة الضامن بردّ العين للمضمون له.

وإن ضمن أن يردّ القيمة إن تلفت العين لم يصحّ الضمان، لأنه ضمان لدَيْن لم يثبت، وقد علمت أن من شرط صحة الضمان أن يكون المضمون ديناً ثابتاً، وقيمة العين لا تثبت إلا بهلاك العين، فإذا ضمنها والعين قائمة لم يصحّ، لأنها لم تثبت بعد، فكان ضماناً لدَيْن لم يثبت، فلم يصح.

البَابُ العَاشِر

الوَكَالَة



الوكالة

تعريفها:

الوكالة - **في اللغة** - بفتح الواو وكسرها، وتطلق على معانٍ، منها:

- الحفظ، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿حسبُنا الله ونعم الوكيل﴾ (آل عمران: ١٧٣): أي الحافظ.
- التفويض، ومنه قوله تعالى: ﴿وتوكّل على الله﴾ (الأنفال: ٦١): أي فوِّض أمرك إليه.

وفي اصطلاح الفقهاء: هي تفويض شخص ما له فعله، مما يقبل النيابة، إلى غيره، بصيغة، ليفعله في حياته.

أي أن يفوِّض المرء غيره بالقيام بتصرّف يملك هذا المفوِّض القيام به بنفسه، ليقوم به عنه في حال حياته، أي حياة المفوِّض، على أن يكون هذا الفعل تصحّ النيابة فيه. وسيتضح معنا التعريف على وجهه الكامل من خلال الكلام عن أركان الوكالة وشروطها وأحكامها.

مشروعية الوكالة:

الوكالة مشروعة، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنّة وحصل على ذلك الإجماع:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وإن خِفْتُم شِقاقَ بينهما فابعثوا حَكَماً من أهله وحَكَماً من أهلها﴾ (النساء: ٣٥): أي إذا حصل نزاع بين الزوجين واشتدّ، ولم يتوافقا، فيُعيَّن حَكَمان يكونان وكيلين عنهما ينظران في الأمر. وهذا النص وإن كان خاصاً بشأن الزوجين - فهو عام في مشروعية الوكالة.

ويُستأنس لهذا أيضاً بقوله تعالى: ﴿ فابعثوا أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمْ هذه إلى المدينة فلينظر أيُّها أزكى طعاماً فليأتِكُمْ برزقٍ منه ﴾ (الكهف: ١٩): فبعثُ واحد من الجماعة توكيل له منهم.

[بورِقكم: هي الفضة المصكوكة. أزكى: أطيب وأمتع. برزق: بطعام ونحوه].

وكذلك قوله تعالى: ﴿ اذهبوا بقميصي هذا فألْقُوه على وجه أبي يأتِ بصيراً ﴾ (يوسف: ٩٣) فقد وكّلهم بالذهاب بالقميص وإلقائه على وجه أبيه.

وقلنا: يُستأنس بهاتين الآيتين لأنهما واردتان في القرآن حكاية عن شرع من قبلنا، وقد تكرر منّا القول: إن شرع من قبلنا ليس بشرع لنا.

وأما السنّة: فأحاديث كثيرة، منها:

- ما رواه أصحاب السِّيَر: أن رسول الله ﷺ وكّل عمرو بن أُمية الضمري رضي الله عنه في قبول نكاح أم حبيبة رملة بنت أبي سفيان رضي الله عنهما.

- ما رواه رافع مولى رسول الله ﷺ قال: إن رسول الله ﷺ تزوج ميمونة حلالاً، وبنى بها حلالاً، وكنت السفير بينهما. (أخرجه الترمذي في أبواب الحج، باب: ما جاء في كراهية تزويج المحرم، رقم: ٨٤١).

[حلالاً: أي غير محرم بحج أو عمرة. بنى بها: أي دخل. السفير: هو الذي يقوم بالإصلاح وتحقيق الوفاق بين اثنين ونحوهما].

- وما رواه عروة البارقي رضي الله عنه قال: دفع إليَّ رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة، فاشتريت له شاتين، فبعت إحداهما بدينار، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ، فذكر له ما كان من أمره، فقال له: «بارك الله لك في صفقة يمينك». (أخرجه البخاري في المناقب، باب: سؤال المشركين أن يُريهم النبي ﷺ آية. .، رقم: ٣٤٤٣. والترمذي في أبواب البيوع، باب: حدّثنا أبو كريب، رقم: ١٢٥٨).

وسيأتي مزيد من الأحاديث خلال البحث.

وهذا الذي دلّت عليه الآيات والأحاديث هو موضع إجماع علماء الأمة في كل عصر من العصور.

حكمة تشريع الوكالة:

إن الله تعالى خلق الناس متفاوتين في المواهب والقدرات، وفتح لهم أبواب الرزق، ويسّر لكلٍّ منهم سبيلاً أو أكثر من سبل الكسب والمعاش.

فمن الناس مَن أُوتي القدرة والكفاءة التي تجعله على استعداد لأن يباشر جميع أعماله بنفسه، إلا أنه قد تتوالى عليه الشواغل وتتزاحم عليه الأعمال، فيضطر إلى مساعدة الآخرين والاستعانة بهم.

ومن الناس مَن لم يؤتَ من القدرة والكفاءة ما يؤهله للقيام بأعمال قد يكون هو بأمسِّ الحاجة إليها.

وقد تكون لديه القدرة والكفاءة، ولكن تنقصه الخبرة في عمل من الأعمال أو مصلحة من المصالح.

ومنهم مَن يكون صاحب حق، ولكنه لم يؤتَ من الحجة واللسن، والفصاحة والبيان، ما يجعله قادراً على أن يظهر حقه ويدافع عن نفسه. وقد يكون خصمه ألحن منه في حجته، فيقلب باطله حقاً.

من أجل ذلك كله كانت الحاجة ماسّة لكثير من الناس أن يعتمد على غيره، ويستفيد من خبراته في بعض أعماله، قليلة كانت أم كثيرة، فكانت المصلحة في تشريع الوكالة، سدّاً للحاجة وتيسيراً للمعاملة، ورفعاً للحرج الذي جاء شرع الله تعالى برفعه إذ قال: ﴿ ما جَعَلَ عليكم في الدين من حَرَج ﴾ (الحج: ٧٨).

حكمها:

قلنا: إن الوكالة جائزة ومشروعة، والأصل فيها الإباحة.

- وقد تكون مندوبة: إن كانت إعانة على مندوب.
- وقد تكون مكروهة: إن كان فيها إعانة على مكروه.
- وقد تكون حراماً: إن كان فيها إعانة على أمر محرم.
- وقد تكون واجبة: إن توقف عليها دفع ضرر عن الموكل، كما إذا وكله بشراء طعام مضطر إليه، وهو عاجز عن شرائه.

أركان الوكالة

للوكالة أركان أربعة، هي: الموكِّل والوكيل وصيغة العقد، والموكَّل فيه.

الركن الأول: الموكِّل:

وهو الذي يستعين بغيره، ليقوم ببعض التصرفات نيابة عنه. ويُشترط فيه: صحة مباشرته للتصرّف الذي وكَّل فيه بملك أو ولاية.

أي أن يكون له شرعاً حق التصرّف فيما أذن لغيره أن يقوم به، ويعتبر الشرع تصرّفه صحيحاً ويبني عليه آثاره وأحكامه.

فإذا كان لا تصحّ مباشرته لما أذن بالتصرّف فيه لم يصحّ توكيله، لأنه الأصل، وإذا كان الأصل غير قادر على التصرّف، فنائبه غير قادر عليه من باب أولى.

فلمالك المال أن يوكِّل في التصرّف فيه، إذا كان بالغاً عاقلاً نافذ التصرف، أي غير محجور عليه، لأنه يتصرّف في ملكه.

وكذلك لوليّ المال ـ كالأب والجدّ والوصي ـ أن يوكّل غيره ليتصرف بمال من تحت ولايته، لأنه يملك هو مباشرة ذلك بسبب الولاية.

وللرجل البالغ العاقل أن يوكل أحداً في تزويجه، لأنه يملك مباشرة ذلك بنفسه.

ولوليّ البكر العدل أن يوكِّل في نكاح ابنته أو غيرها ممّن تحت ولايته، لأنه يصحّ منه مباشرة ذلك بنفسه.

وعليه:

فلا يصحّ توكيل الصبي أو المجنون أو المغمى عليه مطلقاً، لأنهم لا تصحّ منهم مباشرة التصرفات شرعاً.

ولا يصحّ توكيل المحجور عليه لسفه في تصرّف مالي، لأنه لا يملك مباشرته.

ولا يصحّ للأب الفاسق أن يوكل في تزويج ابنته، لأنه لا يملك مباشرة ذلك بنفسه. وكذلك غيره من الأولياء.

والمرأة لا يصحّ منها أن تباشر عقد زواجها بنفسها، فكذلك لا يصحّ توكيلها فيه.

والمحرم بحج أو عمرة لا يجوز له أن يعقد عقد زواج لنفسه، فكذلك لا يصحّ أن يوكّل مَن يعقد له ذلك حال إحرامه، فلو وكّله ليعقد له بعد الإحرام صحّ.

ويستثنى من هذا الشرط:

الأعمى، فإنه لا يصحّ أن يباشر البيع والشراء ونحوهما مما يتوقف على الرؤية كما علمت، ويصحّ أن يوكّل في ذلك للضرورة، لأنه لو لم يصحّ توكيله فيها ـ والحال أنه لا تصحّ مباشرته لها ـ لكان في ذلك حرج عليه شديد.

الركن الثاني: الوكيل:

وهو الذي يقوم بالتصرّف نيابة عن غيره، بإذن منه وتوكيل.

ويشترط فيه أيضاً: أن تصحّ مباشرته للتصرّف المأذون فيه لنفسه: فإذا كان التصرّف الموكَّل فيه لا يصحّ أن يباشره لنفسه لم يصحّ توكيله فيه، لأن تصرّف الإنسان لنفسه أقوى من تصرفه لغيره، لأنه يتصرّف لنفسه بطريق الأصالة، ويتصرف لغيره بطريق النيابة، والأصالة أقوى من النيابة. فإذا كان غير قادر على التصرّف بالأقوى، فهو غير قادر عليه بالأضعف من باب أولى.

وبناءاً عليه:

فلا تصحّ الوكالة للصبي والمجنون والمغمى عليه، لعدم صحة مباشرتهم التصرفات كما علمت. ويصحّ توكيل الصبي المميِّز في حج تطوع وذبح أُضحية

وتفرقة زكاة، لأن هذه التصرفات تصحّ منه لنفسه.

والسفيه، لا يكون وكيلاً في التصرفات المالية.

والأعمى، لا يصحّ أن يكون وكيلاً في تصرّف تتوقف صحته على الرؤية.

والمحرم بحج أو عمرة لا يصح أن يوكَّل في عقد نكاح، وكذلك المرأة، لأنهما لا تصحّ منهما مباشرة ذلك لأنفسهما.

ويستثنى من هذا: توكيل الصبي المميز المأمون في الإذن بدخول الدار وإيصال هدية ونحوها على الصحيح، لتسامح السلف في ذلك، فيعتمد قوله فيها.

وكذلك يعتمد قوله في إخباره بدعوة صاحب الوليمة، والفاسق وغير المسلم في هذا كالصبي، قال النووي رحمه الله تعالى: لا أعلم في جواز اعتمادهما خلافاً.

ويُشترط في الوكيل أيضاً: أن يكون معيّناً، فلو قال لاثنين: وكّلت أحدكما ببيع داري، لم يصح. وكذلك لو قال: وكّلت ببيع داري كلّ مَن أراد بيعها.

ويشترط في الوكيل أيضاً أن يكون عدلاً، إذا كان وكيلاً عن القاضي، أو كان وكيلاً عن الوليّ في بيع مال مَن كان تحت ولايته.

الركن الثالث: صيغة عقد الوكالة:

وهي الإيجاب والقبول، ويشترط فيها شرطان، وهما:

١ ـ أن يكون من الموكِّل لفظ يدل على رضاه بالتوكيل، صراحة أو كناية، لأن المكلَّف ممنوع من التصرّف في حق غيره إلا برضاه.

فالصريح: كقوله: وكّلتك ببيع داري، أو فوّضت إليك أمر بيعه.

والكناية: كقوله: أقمتك مقامي في بيعه، أو أنبتك.

وينوب في الوكالة الكتابة والرسالة مناب النطق.

ويكفي من الوكيل ما يدل على القبول، ولا يشترط فيه اللفظ، بل يكفي الفعل، لأن التوكيل إباحة للتصرّف ورفع للحجر الذي كان قبلها، فأشبه إباحة الطعام للضيف، فلا يشترط فيها القبول لفظاً.

٢ ـ عدم تعليقها بشرط على الأصح، كأن يقول: إن جاء زيد من سفره فأنت وكيلي بكذا، أو: إذا جاء شهر رمضان فقد وكّلتك بكذا. وذلك لأن في التعليق جهالة فاحشة، فلا تصحّ الوكالة معه.

فإذا تصرّف الوكيل في هذه الحالة عند وجود الشرط صحّ تصرّفه، لوجود الإذن في التصرّف.

ولا مانع من تعليق التصرّف إذا كانت الوكالة منجزة، كما إذا قال له: وكّلتك في بيع داري، على أن تبيعه عند قدوم فلان، أو إذا جاء شهر كذا.

وكذلك لا مانع من تقييدها بوقت، كأن يقول له: أنت وكيلي لمدة شهر، فتصحّ الوكالة، وتنتهي بانتهاء الشهر، وليس للوكيل أن يتصرف بعده.

الركن الرابع: الموكَّل فيه:

وهو التصرف الذي يقوم به الوكيل نيابة عن الموكِّل.

ويشترط فيه شروط، هي:

١ ـ **أن يكون حق التصرّف فيه ثابتاً للموكل عند التوكيل**، كما لو وكّله ببيع ما يملكه عند التوكيل، أو وكّله بما له ولاية عليه كتأجير دار الصبي الذي تحت ولايته، والتي يملكها الصبي عند عقد الوكالة، فإن الولي يملك التصرّف في ذلك. وعليه: فلا يصحّ أن يوكّل بالتصرّف فيما لا يملكه، أو فيما سيملكه، كما لو وكّل ببيع دار صديقه ـ مثلاً ـ وهو لا يملكها، أو وكّل ببيع دار زيد التي سيشتريها منه، أو وكّل بطلاق فلانة التي سيتزوجها، فإن الوكالة غير صحيحة في ذلك كله، لأنه لا يحقّ له أن يباشر ذلك بنفسه حين التوكيل، فكيف يستنيب غيره فيه.

أما لو وكّله في التصرّف فيما سيملكه بعد التوكيل تبعاً لما يملكه حال التوكيل: فإن الوكالة صحيحة. كما لو وكّله ببيع ما ستثمره أشجاره، فيصحّ ذلك، لأنه يملك الأصل وهي الأشجار. وكذلك لو وكّله ببيع ما عنده من أثواب وما سيشتريه أيضاً منها، صحّ توكيله في بيع ما لم يملكه عند التوكيل

تبعاً لما كان يملكه. ولو وكّله ببيع متاع، وأن يشتري له بثمنه شيئاً، صحّ التوكيل بالشراء على الأشْهَرِ.

٢ ـ **أن يكون الموكَّل فيه معلوماً ولو من بعض الوجوه،** فإن الضرر بذلك يقلّ والجهالة ترتفع نوعاً ما. ولا يشترط العلم به من كل الوجوه، لصعوبة ذلك، ولأن الوكالة شرعت للحاجة، وذلك يقتضي المسامحة فيها.

فلو قال: وكّلتك في بيع أموالي، واستيفاء ديوني، واسترداد ودائعي ـ مثلاً ـ صحّ ذلك، وإن جهل الأموال، والديون ومَن هي عليه، والودائع ومَن هي عنده، لأن الضرر فيها قليل، والموكَّل فيه صار معلوماً من بعض الوجوه.

وأما لو قال: وكّلتك في كل قليل وكثير من أُموري، أو فوّضت إليك كل شيء، أو أنت وكيلي فتصرف كيف شئت، لم يصحّ التوكيل، لكثرة الضرر، وجهالة الموكَّل فيه من كل وجه.

وعليه فلا يصحّ ما يسمى اليوم بالوكالة العامة، وإن أضرارها ظاهرة، حيث يتصرف الوكيل أحياناً في أشياء لا يرغب الموكّل تصرفه فيها.

وكذلك لو قال: وكّلتك ببيع بعض مالي، دون أن يعيّن هذا البعض، لكثرة الجهالة وفحش الغرر.

٣ ـ **أن يكون الموكَّل فيه قابلاً للنيابة،** فلا يصحّ التوكيل فيما لا يقبل النيابة. ولذا لا تصح الوكالة في العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصوم، لأن حكمة تشريعها الابتلاء والاختبار بمجاهدة النفس، وذلك لا يحصل بفعل غير المكلف بها.

ويصحّ التوكيل في العبادات التي تشترط القدرة البدنية لأدائها لا لوجوبها، كالحج والعمرة، عند العجز عن القيام بها.

وكذلك يصحّ التوكيل فيما هو من تمام العبادات المالية والإعانة عليها، كتوزيع الزكاة على مستحقّيها، وتفرقة مال منذور أو كفّارة، وكذلك ذبح الأضحية والهَدْي وشاة الوليمة ونحو ذلك.

ونفصّل القول هنا فيما يصحّ التوكيل فيه وما لا يصحّ فنقول:

الوكالة يمكن أن تكون في حق من حقوق العباد، ويمكن أن تكون في حق من حقوق الله تعالى.

الوكالة في حقوق الله تعالى:

وحقّ الله تعالى: هو ما شرع حكمه للمصلحة العامة لا لمصلحة فرد معين، فهو من النظام العام الذي يتعلق به حقّ كل فرد من الناس، ولذلك نسب لرب الناس جميعهم، لعظم خطره وشمول نفعه، وسمي حق الله تعالى لأنه هو المستحق له وحده، فلا يملك أحد من الناس إسقاطه.

ومن حقوق الله تعالى العبادات المحضة، وقد علمنا أنه لا يصحّ التوكيل فيها.

ومنها العقوبات الكاملة وهي الحدود، والوكالة فيها:

إما في إثباتها وإما في استيفائها.

- فإذا كانت الوكالة في إثباتها فلا تصحّ، لأن مبنى الحدود على الدرء، أي إن الشارع يرجّح فيها جانب الدفع والإسقاط، فيسقطها لأقل شبهة، والتوكيل في إثباتها يخالف ذلك، لأنه يوصل إلى إيجابها وتنفيذها.
- وإذا كانت في استيفاء الحدود فهي جائزة وصحيحة، لما ثبت أنه ﷺ وكّل في رجم مَن ثبت زناه، وجلد مَن ثبت شربه المسكر. (انظر البخاري: الوكالة، باب: الوكالة في الحدود).

الوكالة في حقوق العباد:

حقوق العباد هي كل ما يتعلق بأفرادهم على أنهم أفراد لا جماعة، كالبيع والشراء والزواج والطلاق والشركة والصلح ونحو ذلك.

فمثل هذه الحقوق تصحّ الوكالة فيها باتفاق العلماء، وقد مرّ معنا عند الكلام عن مشروعية الوكالة أدلة ذلك.

ومن هذه الحقوق الخصومة في إثبات هذه الحقوق، والوكالة فيها جائزة أيضاً.

ودليل ذلك:

ـ أن علياً رضي الله عنه وكّل عقيلاً عند أبي بكر ـ رضي الله عنهما ـ وقال: ما قضى له فلي، وما قضى عليه فعليّ. ووكّل عند عثمان رضي الله عنه عبد الله بن جعفر رضي الله عنهما، وقال: إن للخصومة قُحَماً، وإن الشيطان ليحضرها، وإني لأكره أن أحضرها. (البيهقي: الوكالة، باب: التوكيل في الخصومات..: ٦/٨١).

[قحماً: جمع قُحْمة، وهي الأمر الشاقّ الذي لا يكاد يحتمل، وقحم الخصومات ما يحمل الإنسان على ما يكرهه].

الوكالة في القصاص:

تصحّ الوكالة في إثبات القصاص واستيفائه، لأن الغالب فيه حق العبد، وهم أولياء المقتول، ولذا يملكون إسقاطه، كما يملكون استبداله بالدية.

الوكالة في الشهادة والأَيْمان والنذور:

لا تصحّ الوكالة في الشهادة، كأن يقول له: وكّلتك أن تشهد عنّي بكذا، لأن حكمها متعلّق بعلم الشاهد، لأنها إخبار عمّا رآه أو سمعه، وهذا غير حاصل للوكيل، فتعلقت الشهادة بعين الشاهد، فلا تقبل التوكيل. فإن وكّل فيها كان الوكيل شاهداً على الشهادة.

وكذلك لا تصحّ الوكالة في النذور والأيمان، كأن يقول: وكّلتك أن تحلف عنّي أو تنذر عنّي، لأن فيها تعظيم الله تعالى، فأشبهت العبادة المحضة، وتعلقت بعين الحالف والناذر.

الوكالة في الإيلاء واللعان والقسامة والظهار:

وكذلك لا تصحّ الوكالة في الإيلاء واللعان والقسامة[1]، لأنها أيمان. وقيل: إن اللعان شهادة، وكلٌّ من الشهادة والأيمان لا تصحّ فيه الوكالة.

---

(١) القسامة: أن يوجد قتيل في حيّ أو قرية ولا يعرف له قاتل، فيُستحلف أولياء القتيل على دعواهم أن فلاناً قتله، أو يستحلف المتهمون أنهم ما قتلوه ولا عرفوا له قاتلاً. وانظر ذلك في الجنايات [الجزء الثامن] من هذه السلسلة.

والأصح أن الوكالة لا تصحّ في الظهار، لأن الغالب فيه معنى اليمين، لتعلّقه بألفاظ وخصائص كاليمين.

وقيل: تصحّ الوكالة فيه، لأنه ملحق بالطلاق، لأن الغاية فيه تحريم الاستمتاع بزوجته، وهذا ما يثبت بالطلاق. وصورته أن يقول: أنتِ على موكِّلي كظهر أمه، أو جعلتُ موكِّلي مظاهراً منك.

الوكالة في الإقرار:

وذلك بأن يقول له: وكّلتك لتقرّ عنّي لفلان بألف دينار له عليَّ، ونحو ذلك. فالأصح أن الوكالة في ذلك غير صحيحة، ولو أقرّ عنه فلا يلزمه ما أقرّ به عليه، لأن الإقرار إخبار عن إثبات حق ـ كالشهادة ـ فلا يقبل التوكيل.

الوكالة في تملّك المباحات كالاصطياد والاحتطاب:

فلو وكّله أن يحتطب له أو أن يصطاد له: فالأصح صحة الوكالة، وأن ما يجمعه الوكيل من الحطب أو يمسك به من الصيد، بنيّة الموكِّل، يكون ملكاً للموكّل، لأن تملّك المباحات أحد أسباب المِلْك، فأشبه الشراء ونحوه، فصحّت الوكالة به.

الوكالة في المحرّم:

وذلك بأن يوكِّله في غصب شيء أو سرقته، أو فعل جناية، فإن الوكالة غير صحيحة، وإن فعل الوكيل شيئاً من ذلك كان هو الضامن والإثم عليه، لأن حكم المحرّمات مختصٌّ بمرتكبها، ولأن الشارع قصد بالامتناع عنها كل شخص بعينه.

حدود تصرفات الوكيل

إذا وقعت الوكالة مستوفية لأركانها وشروطها ثبت للوكيل حق التصرّف فيما وكّل فيه، ولكن ما هي حدود هذا التصرّف؟ هذا ما سنبيِّنه فيما يلي بحسب موضوع الوكالة التي أسندت إليه.

١ ـ الوكالة في الخصومة:

وهي توكيلٌ بالدعوى والمرافعة أمام القضاء، وهي المشهور في أيامنا بعمل المحاماة. فإذا وُكِّل المحامي وغيره بالخصومة فهو يملك أن يتصرف بكل ما يتعلق بإثبات الحق لموكِّله أو دفعه عنه إذا كان خصمه يدّعيه.

وهل يملك الإقرار بالحق على موكِّله؟

والجواب: هو أنه لا يملك ذلك، لأنه وكيل في المنازعة، والإقرار بخلاف ذلك لأنه مسالمة، فلا يتناوله التوكيل بالخصومة، فلا يملكه الوكيل.

وإذا أثبت الوكيل بالخصومة بالمال الحق لموكِّله وقُضي له به، فهل يملك قبضه؟

والجواب: أنه لا يملك ذلك، لأن الإذن في إثبات الحق ليس إذناً في قبضه، لا من جهة النطق ولا من جهة العُرْف، إذ ليس في العُرْف أن مَن يرضاه لتثبيت الحق يرضاه لقبضه. بل الغالب أن يختار لتثبيت الحق ألدّ الناس خصومة، وأكثرهم حيلة ودهاءً، وقد يكون أقل الناس دِيناً وحياءً. بينما يختار للقبض مَن هو أوفى الناس أمانة وأكثرهم ورعاً، فمَن يصلح للخصومة قد لا يصلح للقبض، وتوكيله بالخصومة لا يدلّ على الرضا به للقبض.

٢ ـ الوكيل بالقبض:

إذا وكّل إنسان آخر بقبض حق له من فلان، فأنكر فلان أن للموكّل عليه حقاً، فهل يملك الوكيل بالقبض المخاصمة في إثبات ذلك الحق الذي يدّعيه الموكّل؟ فيه وجهان:

أحدهما: يملك ذلك، لأنه بالمخاصمة يتوصل إلى إثبات الحق وقبضه، فيكون الإذن بالقبض إذناً في المخاصمة.

والثاني: أنه لا يملك المخاصمة في تثبيت الحق، لأن الإذن في القبض ليس إذناً في التثبيت، لا لفظاً ولا عُرْفاً، ومَن يرضاه في قبض حقه قد لا يرضاه في تثبيته، لأنه يختار للقبض مَن كان ذا أمانة ودين وورع، وقد يكون أقل الناس حيلة وأضعفهم حجة ومخاصمة. وعليه لو رافع في الأمر إلى القضاء، وقضي على موكِّله، فلا يمضي عليه هذا القضاء. ولعلّ هذا الوجه هو الأرجح، والله تعالى أعلم.

٣ ـ الوكيل بالبيع والشراء:

أ ـ الوكالة بالبيع:

إذا وكّله ببيع شيء له، فلا يخلو من أن تكون هذه الوكالة مطلقة أو مقيّدة، ولكلٍّ منهما حكم يتعلق بها:

الوكالة المطلقة بالبيع:

وهي أن يوكّلَه ببيع شيء دون أيّ تقييد. ففي هذه الحالة يتقيد الوكيل بما يلي:

١ ـ لا يبيع بغير نقد البلد، لأن العُرْف يقيّده به عند الإطلاق. فإن كان فيه نقدان يتعامل بهما أهله باع بالغالب منهما، فإن استويا في التعامل باع بأنفعهما للموكِّل، وإن استويا بالنفع باع بأيّهما شاء.

٢ ـ لا يبيع بالنسيئة، أي بتأجيل الثمن إلى زمن معين، وإن كان البيع بأكثر من ثمن مثله حالاً، لأن مقتضى الإطلاق الحلول، إذ هو المعتاد في البيع غالباً.

فلو وكّله ليبيع مؤجلاً: فإن قدّر له أجَلاً معيناً جاز أن يبيع إلى ذلك

الأجل ولا يزيد عليه، فإن نقص عنه أو باع حالاً صحّ البيع، فإن كان في التعجيل ضرر على الموكِّل ـ كنقص ثمن أو خوف على الثمن ونحو ذلك ـ لم يصحّ.

وإن أطلق الأجل صحّ التوكيل على الأصح، وحمل الأجل على المتعارف في مثله، فإن لم يكن فيه عُرْف راعى الأنفع للموكل.

٣ ـ ولا يبيع بغبن فاحش، وهو ما لا يُحتمل غالباً، وضبطوه بما يخرج عن تقدير المقدِّرين، كأن يقدِّره المقدِّرون بما بين السبعة والعشرة مثلاً، فيبيعه بخمسة أو ستة.

فإذا خالف أحد هذه القيود الثلاثة وباع لم يصحّ بيعه على الأصح، وإذا سلم المبيع للمشتري كان ضامناً له، لأنه تعدّى في تصرفه. فإن كان المبيع موجوداً استردّه، وإلا غرَّم الموكِّل قيمته مَن شاء من الوكيل أو المشتري، ويستقر الضمان على المشتري، أي هو الذي يغرم القيمة في النهاية، ويعود على الوكيل بالثمن إن كان قد دفعه إليه.

الوكالة المقيدة بالبيع:

وذلك بأن يوكِّله ببيع شيء يملكه، ويقيده بشخص أو زمن أو مكان أو ثمن.

ـ **فإن قيّده بشخص**، كأن قال: بِعْ هذا لفلان، تعيّن عليه البيع له، لأن تخصيصه قد يكون لغرض يقصده، كأن يكون ماله أبعد عن الشبهة. فإن دلّت قرينة على أن مراده الربح، وأنه لا غرض له في التعيين إلا ذلك، جاز بيعه لغير ذلك الشخص الذي عيّنه.

ـ **وإن قيّده بزمن**، كأن قال: بِعْه يوم الجمعة مثلاً، تعيّن هذا، ولم يجز أن يبيع قبله ولا بعده، لأنه قد يُؤثر البيع في زمان لحاجة خاصة فيه، ولا يؤثره في غيره.

ـ **وإن قيّده بمكان**، كسوق كذا، يُنظر:

● فإن كان له في التعيين غرض صحيح، كأن يكون الثمن فيه أكثر، أو النقد فيه أجود، لم يجز البيع في غيره، لأنه لا يجوز تفويت غرضه عليه.

● وإن لم يكن في التعيين غرض صحيح، كأن يكون الثمن فيه وفي غيره واحداً، فالراجح أن له البيع فيه وفي غيره، لأن مقصوده يتحقق في أيِّ مكان، فكان الإذن بالبيع بمكان إذناً بالبيع في غيره.

- **وإن قيده بثمن**، كأن قال له: بِعْ بمائة مثلاً، فليس له أن يبيع بأقل منها، ولو كان ثمن المثل أو كان النقص قليلاً، لأنه مخالف للإذن.

والأصح أنّ له أن يبيع بأكثر منها، لأن المفهوم من ذلك عُرْفاً هو عدم النقص، بل لا يجوز له أن يبيع بالمائة إن وجد مَن يرغب شراءه بأكثر منها، لأنه مأمور بالأنفع للموكِّل، حتى لو وجد الراغب بالزيادة زمن الخيار لزمه الفسخ، وإذا لم يفسخه هو انفسخ بنفسه.

فإذا صرّح له بالمنع من البيع بزيادة عمّا قيده به، كأن قال له: بعْه بمائة، ولا تَبِعْ بأكثر من ذلك، لم يصحّ بيعه بزيادة، لأنه لا عبرة للدلالة مع التصريح، فقد أبطل النطق دلالة العُرْف.

البيع لمن يتهم فيه بالمحاباة:

الوكيل بالبيع لا يصحّ أن يشتري الموكَّل ببيعه لنفسه، كما لا يصحّ أن يشتريه لولده الصغير ولا لكل مَن هو في حَجْره وتحت ولايته. لأن العُرْف في مثل هذا أن يبيع الوكيل لغيره، لا لنفسه، وبيعه لولده الصغير ومَن في حجره كبيعه لنفسه، فلم يصحّ ذلك كله، حتى ولو أذن له فيه الموكِّل، لتعارض أغراض البائع والمشتري، فالمشتري يرغب السلعة بأرخص الأثمان، ووكيل البائع عليه أن يحصل لموكِّله أغلاها وأعلاها، وهنا المشتري والبائع واحد، فلا تتحقق أغراض البيع.

وأما غير هؤلاء - ممّن يتهم في محاباتهم من ذوي قرباه - فلا مانع من بيعهم، فيبيع لزوجته وإخوته ونحوهم، لأن العاقد ليس واحداً، فالأغراض غير متنافية.

والأصح أنه يبيع لأبيه وسائر أُصوله، كما أنه يبيع لابنه البالغ وسائر فروعه المستقلِّين عنه، طالما أنه يبيعهم بالثمن الذي لو باع به لأجنبي لصحّ، فتنتفي التهمة ويصحّ البيع، كما لو باع لصديق له، ليس بينه وبينه قرابة.

التوكيل ببيع فاسد:

لو وكّله أن يبيع بعقد فاسد ـ كما لو وكّله ببيع المال الربوي بجنسه متفاضلاً، كصاع حنطة بصاعين، أو أن يبيع المبيع بثمن محرم كآلة لهو مثلاً ـ فلا يجوز أن يعقد هذا العقد، لأن الله تعالى لم يأذن فيه، فلم يملكه الموكِّل أصلاً حتى يملكه الوكيل.

وهل يملك أن يبيعه بعقد صحيح؟ والجواب: لا يملك ذلك، لأن الموكّل لم يأذن فيه.

ب ـ الوكالة بالشراء:

الوكالة المطلقة بالشراء:

وذلك بأن يوكِّله بشراء شيء موصوف أو معين دون أن يقيده بنوع أو ثمن، كأن يقول: وكّلتك أن تشتري لي سيارة، فهنا يتقيد الوكيل بما يلي:

١ ـ **لا يشتري معيباً**، لأن الإطلاق يقتضي الوصف بالسلامة من العيب. فإن اشترى ما فيه عيب يُنظر:

● **فإن كان الوكيل يعلم العيب:**

وقع الشراء له ولم يقع للموكل، حتى ولو كان المشترى يساوي الثمن الذي اشتري به مع العيب على الأصح، لأنه لم يأذن له بشراء المعيب، فهو مقصِّر بشرائه، وقد لا يتمكن الموكّل من ردّه لهروب البائع فيتضرر بذلك، ولا سيما حين يكون لا يساوي الثمن.

● **وإن كان الوكيل لا يعلم العيب:**

فإن كان المشترى يساوي الثمن مع العيب وقع الشراء للموكِّل، إذ لا ضرر عليه، لأنه يملك الاختيار بين إمساكه ـ ولا خسارة عندها لأنه يساوي الثمن ـ وأن يردّه على البائع. والوكيل غير مقصّر بهذا، لأنه جهل العيب، ولم يشتره بأكثر من ثمن مثله.

وكذلك الحال إن كان المشترى لا يساوي الثمن مع العيب في الأصح، كما لو اشتراه الموكّل بنفسه جاهلاً للعيب.

وفي هذه الحالة:

يكون للموكّل وحده خيار الرد بالعيب إن اشتُري بعين ماله، لأنه هو المتضرِّر بذلك. فإن رضي به فليس للوكيل حق ردّه، لأن العقد لا يمكن أن يقع له، فلا يتضرر به.

وإن كان الوكيل قد اشتراه بالذمة: ثبت حق الرد له أيضاً، لأنها ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها، كما لو اشتراه لنفسه، ولأنه لو لم يجز له الردّ: فربما لا يرضى به المالك، فتنقلب ملكيته للوكيل، ويتعذر ردّه لكون الرد فورياً، فيتضرر الوكيل بذلك.

٢ ـ **لا يشتري إلا بثمن المثل**، أو بزيادة يسيرة يقبل الناس التغابن فيها عادة، فإن اشترى بزيادة لا يتغابن فيها الناس عادة ـ على ما سبق ـ فلا يقع البيع للموكّل.

الوكالة المقيَّدة بالشراء:

إذا وكّله أن يشتري له شيئاً، وقيّده بنوع أو ثمن، لزمه مراعاة القيد، فإذا خالف الوكيل في هذا وقع الشراء للوكيل، ولم يقع للموكل، إلا إذا خالف إلى خير.

ومثال التقييد بالنوع في المشترى أن يقول له: اشترِ لي سيارة من نوع كذا صُنْع سنة كذا، فإذا اشتراها مع هذا الوصف كان الشراء للموكِّل، وإن خالف في هذا، فاشتراها من نوع آخر أو من صنع سنة غير المذكورة في العقد، كان الشراء للوكيل وليس للموكل، لأنه خالف قيداً معتبراً قد يكون للموكل مصلحة فيه.

ومثال التقييد في الثمن أن يقول: اشترِ لي سيارة ـ مثلاً ـ أو داراً بمائة ألف، فاشتراها بمائتي ألف، فلا يلزم هذا الشراء الموكِّل، وإنما يلزم الوكيل لمخالفة قيد الثمن.

ومثال المخالفة إلى خير: أن يشتري ما وكّله بشرائه بألف ـ بصفة معينة ـ بثمانمائة بنفس الصفة والقيد، فهذا الشراء يلزم الموكِّل ـ وإن خالف فيه الوكيل ـ لأنها مخالفة إلى خيره وصالحه.

ومن هذا ما لو وكّله بشراء سلعة موصوفة بثمن معين، فاشترى اثنتين منها

بالثمن نفسه، كلٌّ منهما تساوي الثمن المعين، صحّ الشراء للموكل، لأنه مخالفة إلى ما هو أنفع. ودلّ على ذلك كله حديث عروة رضي الله عنه السابق[1].

اشتراط الوكيل الخيار:

ليس للوكيل بالبيع أن يشرط الخيار للمشتري، كما أنه ليس للوكيل بالشراء أن يشرطٍ الخيار للبائع، لأنه ـ في الحالين ـ شرط لا مصلحة فيه للموكِّل، فإن أذن به الموكّل جاز.

وللوكيل أن يشرط الخيار لنفسه أو للموكِّل، لأن في ذلك مصلحة للموكّل واحتياطاً له.

(١) انظر صفحة: ١٦٦.

حقوق العقد بالوكالة وحكمه

المراد بحقوق العقد: التصرفات التي لا بدّ منها للحصول على الغاية والقصد من العقد، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن في البيع، والمطالبة بالمهر في النكاح، ونحو ذلك. **وحكم العقد**: هو الغرض منه والمقصود، كثبوت الملكية في المبيع للمشتري، وحل الاستمتاع بالزوجة في عقد النكاح ونحو ذلك. وبحثنا الآن: لمن تثبت حقوق العقد وحكمه، للوكيل أم للموكل؟ والجواب هو:

أما حكم العقد:

فقد اتفق الفقهاء على أنه يقع ويثبت للموكِّل لا للوكيل، لأن الوكيل واسطة وسفير في هذا، وهو يتكلم باسم الموكِّل ويعقد له، فولايته على العقد مستمدَّة منه، فكأنّ العاقد في الحقيقة هو الموكِّل، ولذلك يثبت حكم العقد له مباشرة، بمجرد تمام العقد وصحته من قِبَل الوكيل.

وأما حقوق العقد:

فهي نوعان بحسب العقود التي تترتب عليها، فإن العقود التي يمكن أن يقوم بها الوكيل نوعان:

- عقود يضيفها الوكيل إلى نفسه
- وعقود يضيفها الوكيل إلى موكِّله.

فالعقود التي يضيفها إلى نفسه:

هي كالبيع والشراء والإجارة ونحوها، فإن الوكيل يقول عند التعاقد: بعت واشتريت وأجَّرْتُ، دون أن يقول: عن موكِّلي، أو لموكِّلي.

فمثل هذه العقود تتعلق أحكامها بالوكيل لا بالموكِّل، فهو المعتبر في رؤية المبيع قبل العقد، ويلزم العقد بمفارقته المجلس، وهو الذي يطالب بالثمن أو المبيع، وهو الذي يستلم البدل من العاقد الآخر ونحو ذلك.

وإنما رجعت إليه هذه الحقوق لأنه أصل في التعاقد، بدليل استغنائه عن إضافة العقد إلى الموكّل.

وأما العقود التي يضيفها الوكيل للموكّل:

فهي كالزواج والخلع والصلح عن دم ونحو ذلك، فإن الوكيل يقول عندها: قبلت زواج ابنتك لموكِّلي فلان مثلاً، ويقول: خالعتك عن زوجتك فلانة، وما إلى ذلك.

فمثل هذه العقود تتعلق أحكامها بالموكل لا بالوكيل فلا يطالب الوكيل بالمهر وإنما يطالب به الموكّل، ولا يطالب وكيل الزوجة المخالع عنها ببدل الخلع وإنما تطالب به الزوجه الموكلة، وهكذا.

أحكام تتعلق بالوكالة

١ ـ توكيل الوكيل:

إذا كان الوكيل يمكنه القيام بما وُكِّل فيه، وكان مما يليق بأمثاله القيام به، فليس له أن يوكّل غيره بدون إذن الموكِّل، لأن الموكِّل رضي بتصرفه ولم يرضَ بتصرّف غيره، ولا ضرورة لذلك.

فإن كان لا يتأتى منه القيام بما وُكِّل فيه، إما لأنه لا يحسنه وإما لأنه لا يليق به، فله عندئذ أن يوكّل غيره بالقيام بذلك. لأن تفويض مثل ذلك إليه من الموكّل يقصد منه إنابته عنه في توكيل مَن يقوم بما أسنده إليه.

وإذا كان الموكل فيه مما يحسنه ويليق به، ولكنه كثر حتى عجز الوكيل عن الإتيان بكله، جاز له أن يوكّل فيما زاد عن قدرته على الأصح، لأن الضرورة دعت إليه.

وحيث جوّزنا للوكيل أن يوكِّل ـ عن نفسه أو عن الموكّل ـ اشترط أن يوكِّل أميناً رعاية لمصلحة الموكِّل، إلا إن عين الموكّل أحداً غير أمين، فله توكيله اتّباعاً لتعيين الموكّل.

وهل الوكيل الثاني وكيل الموكِّل، أو وكيل الوكيل الأول؟ والجواب:

- إذا قال: وكِّل عن نفسك، فالثاني وكيل الوكيل، فللأول أن يعزله، كما أنه ينعزل بعزل الموكل للوكيل الأول، أو بعزل الوكيل الأول لنفسه، لأنه تبع له.
- وإن قال: وكِّل عنّي، أو أذن له بالتوكيل مطلقاً، فالوكيل الثاني وكيل للموكل. فلا يملك أحد الوكيلين عزل الآخر، وللموكّل عزل أيّهما شاء فلا ينعزل الثاني بانعزاله.

٢ ـ التوكيل بجُعْل:

الوكالة صحيحة سواء أجعلِ الموكِّل للوكيل شيئاً مقابل ذلك أم لم يجعل. فقد ثبت أنه ﷺ وكَّل ولم يعط شيئاً على العمل، كما أنه كان يوكِّل السُعاة بجمع الزكاة ويعطيهم على ذلك أجراً يجعله لهم مقابل عملهم. وفي حال كونها بجعل يشترط أن يكون الجعل معلوماً، فلا يصح ما يفعله الناس اليوم من إعطاء المحامين نسبة مئوية من مال القضية التي يربحونها كأتعاب لهم. كما لا يصحّ إعطاء جباة الجمعيات ونحوها نسبة مئوية مما يجبونه من أموال، وكذلك إعطاء أصحاب المكاتب العقارية نسبة مئوية من قيمة ما يبيعونه. والمشروع في ذلك كله تحديد جُعْل يُتّفق عليه قبل بدء العمل وعند التوكيل. ويستحق هذا الجعل عند الانتهاء من العمل الموكل فيه.

٣ ـ صفة يد الوكيل:

يد الوكيل على ما وكّل فيه يد أمانة، فلا يضمن إلا بالتعدِّي، حتى ولو كانت الوكالة بجُعْل. لأن الوكيل نائب عن الموكِّل في التصرّف فيما تحت يده، فكانت يده كيده، فكما أن المالك لا يضمن ما تلف في يده من ملكه فكذلك وكيله.

وأيضاً فإن الوكالة إرفاق وتعاون من الوكيل، والضمان ينافي ذلك وينفّر عنه، ويجعل الناس يمتنعون عنها، فيكون في ذلك حرج. فإذا تعدّى ـ كأن استعمل ما وكِّل ببيعه أو شرائه، أو ضاع منه ولم يدرِ كيف ضاع، أو وضعه في مكان ثم نسيه، أو خالف الموكل ـ فإنه يضمن في ذلك كله.

٤ ـ دعوى الوكالة:

إذا جاء إنسان إلى مَن عليه حق لآخر، وادّعى أنه وكيل صاحب الحق، وأنه وكّله في قبض الحق منه، وصدّقه مَن عليه الحق في ذلك، فهل يجب دفع الحق إليه؟

والجواب: أنه لا يجب عليه ذلك، لأن هذا الدفع لا يبرئه من الحق، فلا يؤمر به إلا إن أقام بيِّنة على دعواه.

فإذا دفع إليه وقبضه جاز، فإذا حضر صاحب الحق وصدقه بالوكالة فقد ظهر

أنه كان وكيلاً له، وأن قبضه صحيح، فتبرأ ذمة مَن كان عليه الحق منه.

وإن أنكر صاحب الحق التوكيل صُدّق بيمينه أنه ما وكّل، لأن الأصل عدم التوكيل، فإذا حلف يُنظر:

- **فإن كان الحق عيناً**: أخذها إن كانت باقية، أو أخذ بدلها إن كانت تالفة. وله أن يطالب أيّهما شاء: مَن كان عليه الحق ودفعه، ومَن ادعى الوكالة وقبض. لأن الدافع دفع إلى مَن لم يثبت له إذن صاحب الحق له بالقبض، والقابض قبض ما لم يكن له حق في قبضه.

وإذا ضمّن واحداً منهما لم يكن له أن يرجع بما ضمنه على الآخر، لأن كلًّا منهما يرى أن ما يأخذه صاحب الحق منه ظلم، فليس له أن يرجع على غيره لدفع الظلم عن نفسه.

- **وإن كان الحق دَيْناً**: فله أن يطالب به الذي كان عليه، لأن حقه ـ على رأيه ـ لا يزال في ذمته ولم ينتقل إلى ذمة غيره. وليس له أن يطالب القابض على قول الأكثر، لأن ما قبضه لم يتعيّن حقاً له، فليس له أن يطالب به.

٥ ـ الوكالة في قضاء الدَّيْن:

إذا وكّل رجلاً في قضاء دينه لزم الوكيل أن يشهد على القضاء، لأنه مأمور بما هو الأحوط لمصلحة الموكِّل، ومن مصلحته أن يشهد على قضاء دينه، كي لا يرجع عليه الدائن وينكر القضاء.

فإذا دفع الوكيل الدَّيْن دون إشهاد، وأنكر صاحب الدَّيْن الوفاء، لم يُقبل قول الوكيل عليه، وبقي دينه في ذمة الموكّل. وهل للموكّل أن يضمِّن الوكيل ما دفعه إليه؟ والجواب: يُنظر:

- فإن كان دفع إليه في غَيْبة الموكِّل ضمن للموكِّل ما دفعه إليه، لأنه فرّط في ترك الإشهاد على الدفع.

- وإن كان في حضوره لا يضمن، لأن المفرّط هو المُوكِّل، إذ كان عليه أن يشهد على الدفع، لأن الإشهاد لمصلحته ولحقه.

٦ ـ الوكالة لاثنين:

إذا وكّل وكيلين في تصرّف، فهل للواحد منهما أن يتصرّف فيما وُكِّلا فيه منفرداً عن الآخر؟

فإن كان قد نصّ في الوكالة على أن لكلٍّ منهما أن يتصرّف دون الآخر صحّ له ذلك. وكذلك إذا كان توكيلهما على التعاقب أو على انفراد، ولم يكن بلفظ واحد، جاز لكلٍّ منهما أن يتصرّف دون أن يرجع إلى صاحبه.

وإن كان التوكيل بلفظ واحد ينظر:

- فإن كان يتعلق بأمر فيه بدل مالي، كالبيع والشراء وقبض الدَّيْن والنكاح والطلاق على مال، لم ينفرد أحدهما عن الآخر، ولو تصرّف توقف تصرّفه على إجازة الآخر، لأن هذه التصرفات تحتاج إلى مزيد من الرأي، والموكِّل رضي برأيهما ولم يرضَ برأيِ أحدهما، واجتماعهما ممكن، فلا ينفذ تصرّف أحدهما دون الرجوع إلى الآخر، لأن الموكّل لم يأذن به.
- وإن كان التصرّف لا يتعلق بأمرٍ فيه بدل مالي، كالطلاق على غير مال وتسليم الهبة وقضاء الدَّيْن ونحو ذلك، فلكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرّف، لأن هذه التصرفات لا تحتاج إلى مزيد نظر ورأي، فتكون إضافة التوكيل إليهما تفويضاً بالتصرّف إلى كل واحد منهما على انفراده. وكذلك التوكيل بالخصومة لاثنين، لأن القصد منها إعلام القاضي بحق الموكِّل والمرافعة أمامه، وقد يكون في حضورهما معاً إخلال بذلك.

٧ ـ اختلاف الموكِّل مع الوكيل:

قد يختلف الموكِّل مع الوكيل في بعض الأمور، فما هو الحكم عند الاختلاف؟ وأبرز هذه الأمور الأحوال التالية:

أ ـ الاختلاف في تلف ما في يد الوكيل:

علمنا أن الوكيل أمين، وأنه لا يضمن ما تلف في يده إلا إذا فرّط أو تعدّى. فإذا ادّعى الوكيل أنه تلف في يده ما وكّله ببيعه مثلاً، أو الثمن الذي وكّله بالشراء به، أو الثمن الذي قبضه له ونحو ذلك، فكذّبه الموكِّل بدعواه وقال: لم يتلف

شيء في يدك، فيصدَّق الوكيل بدعواه مع يمينه، لأنه أمين، والأصل عدم تضمينه، والتلف مما يتعذر إقامة البيِّنة عليه فلا يكلَّف بها.

إلا إذا ادّعى أن التلف حصل بأمر ظاهر لا يخفى، كحريق أو غرق أو نهب، فيكلّف إقامة البيّنة على هذا الأمر، لأنه ليس مما يتعذّر إقامة البيّنة عليه، فإن لم يقم بيِّنة على ذلك كان ضامناً لما كان في يده.

ب ـ الاختلاف في التعدِّي أو التفريط:

إذا توافق الموكِّل والوكيل في دعوى التلف، ولكن اختلفا في التعدِّي وعدمه، كأن يدّعي الموكِّل مخالفة الوكيل شروطه، أو التقصير في الحفظ، أو الاستعمال لنفسه ونحو ذلك، مما يُعتبر تعدّياً من الوكيل أو تقصيراً منه، والوكيل ينكر ذلك ويدّعي أنه ما تعدّى ولا قصّر، فالمعتبر قول الوكيل مع يمينه، لأن الموكِّل يدّعي عليه الضمان وهو ينكره، والقول دائماً قول المنكر مع يمينه، فإذا حلف فلا ضمان عليه.

ج ـ الاختلاف في التصرف:

كأن يدّعي الوكيل أنه باع ما وُكِّل ببيعه وينكر الموكِّل البيع، أو يقول الوكيل: بعتُ وقبضتُ الثمن وتلف، ويقول الموكّل: بعتَ ولم تقبض الثمن. فالقول ـ أيضاً ـ قول الوكيل مع يمينه، لأنه يملك التصرّف بالبيع والقبض بالإذن، ومَن ملك تصرفاً ملك الإقرار به.

د ـ الاختلاف في الردّ:

أي ادّعى الوكيل أنه ردّ ما في يده من حقوق الموكِّل إليه، كما لو ادّعى ردّ العين التي وكّله ببيعها، أو ردّ الثمن الذي باع به، وأنكر الموكِّل ذلك:

ـ فإن كانت الوكالة بغير جُعْل فالقول قول الوكيل بيمينه، لأن قبضه للمال كان لصالح مالكه، فيُقبل قوله في ردّه.

ـ وإن كانت الوكالة بجُعْل: فوجهان: قيل: لا يقبل قوله، لأن قبضه للمال كان لصالح نفسه، وقيل: يُقبل قوله، لأن منفعته كانت بعمله لا بقبضه لمال الموكِّل، وهذا القول هو الأرجح.

هـ ـ الاختلاف في التوكيل:

إذا اختلف الوكيل مع الموكِّل في أصل الوكالة، فقال: وكّلتني بكذا، وقال الأصيل: لم أُوكِّلك:

ـ فإن كان قبل التصرّف: فلا خصومة، أي يُرَدُّ ترافعهما أمام القضاء، إذ لا فائدة من ذلك، لأن إنكار الموكِّل في هذه الحالة الوكالة عزل للوكيل لو حصل التوكيل.

ـ وإن كان بعد التصرّف: فالقول قول الموكِّل بيمينه، لأن الأصل عدم الإذن وعدم التوكيل، والوكيل يدّعيه والموكِّل ينكره، والمعتبر ـ كما علمنا ـ قول المنكِر بيمينه.

وتسمية الطرفين هنا وكيلاً وموكِّلاً مجاز، حسب دعوى مدّعي التوكيل.

و ـ الاختلاف في صفة الوكالة:

إذا توافق الموكِّل والوكيل على الوكالة، ولكن اختلفا في صفتها، كأن قال الوكيل مثلاً: وكّلتني بالبيع إلى أجل، وقال الموكّل: بل نقداً، أو قال الوكيل: وكّلتني أن أشتري لك كذا بألف، فقال الموكِّل: بل بخمسمائة، أو قال الوكيل: وكّلتني بشراء سيارة، فقال الموكِّل: بل بشراء دار، وهكذا.

فالقول قول الموكِّل مع يمينه، لأنه أعرف بحال الإذن الصادر منه، وأعلم بالعبارة التي نطق بها.

انتهاء عقد الوكالة

ينتهي عقد الوكالة بأمور، هي:

١ ـ الفسخ:

عقد الوكالة عقد جائز من الطرفين:

أي إن الموكِّلَ له فسخُ عقد الوكالة وعزل الوكيل عن التصرف متى شاء، لأنه قد يرى أن مصلحته في ترك التوكيل، أو يرى مصلحته في توكيل شخص آخر، والتوكيل إذن منه للتصرّف في ملْكه، فله أن يرجع عنه متى شاء.

وكذلك للوكيل أن يفسخ الوكالة ويعزل نفسه عن التصرّف متى شاء، لأنه قد لا يتفرّغ للقيام بما وُكِّل به، أو قد يكون التوكيل في غير مصلحته، فلو كان ملزَماً بها لكان في ذلك إضرار به.

ولا يختلف الحال سواء أكانت الوكالة بجُعْل أم بغير جُعْل.

وبناءً عليه:

فلو عزل الموكِّل الوكيل فقد انتهت الوكالة، ويكون ذلك بقوله: رفعت الوكالة، أو أخرجتك منها، أو عزلت وكيلي عن التصرّف، أو أرسل إليه رسولاً يخبره بذلك، أو كتب إليه بعزله، ونحو ذلك.

وإذا وقع العزل من الموكِّل فقد انعزل الوكيل في الحال، وخرج عن الإذن السابق له بالتصرّف، سواء أكان حاضراً أم غائباً، وبلغه خبر العزل أم لم يبلغه، لأن العزل رفع للعقد فلا يُشترط فيه الرضا، ولا يحتاج إلى العلم.

فلو تصرّف بعد العزل وقبل العلم به فتصرّفه باطل.

وكذلك الحال إذا عزل الوكيل نفسه، بأن قال: عزلت نفسي عن الوكالة، أو: رددتُ الوكالة ونحو ذلك، فإنه ينعزل للحال وتنتهي الوكالة، ولو كان الموكِّل غائباً ولم يبلغه علم العزل.

٢ ـ خروج أحد العاقدين عن أهلية التصرّف:

علمنا أنه يشترط في الموكِّل والوكيل شروط حتى تصحّ الوكالة، فإذا اختلّ شرط من هذه الشروط في الموكِّل أو الوكيل فقد خرج عن أهلية التصرّف، وبالتالي بطلت الوكالة وانتهت، لأن اختلال هذه الشروط وعدم توفرها لو قارن العقد لما صحّت الوكالة، فكذلك إذا طرأ عليها فإنه يبطلها. وذلك مثل الجنون والإغماء والسفه والفلس.

وكذلك تنتهي الوكالة بموت أحدهما: الوكيل أو الموكِّل، سواء أعلم الآخر بموته أم لم يعلم، لأن الموكّل يخرج عن أهلية الإذن بالتصرّف بموته، وكذلك الوكيل يفقد بالموت أهلية التصرّف.

٣ ـ خروج محل التصرّف عن ملك الموكِّل أو ولايته:

ومما تنتهي به الوكالة خروج محل التصرّف ـ أي محلّ التوكيل ـ عن ملْك الموكِّل أو ولايته، فينعزل الوكيل.

ومثال خروجه عن ملْكه: ما لو باع العين التي وكَّله ببيعها أو وهبها، ونحو ذلك.

ومثال خروج محل الوكالة عن ولاية الموكِّل: ما لو وكّله ببيع مال للصبي الذي تحت ولايته، ثم بلغ الصبي رشيداً، فيرتفع عنه الحَجْر، وتنتهي ولاية الموكِّل عليه، فيبطل إذنه في التصرّف بأمواله بعد بلوغه، فتبطل الوكالة.

ومثل خروج محل الوكالة عن ملْك الموكِّل أو ولايته هلاكه، كما لو وكّله ببيع سيارة فسُرقت، أو دار فهُدمت، أو وكّله بنكاح ابنته فماتت. فينعزل الوكيل في كل هذه الصور وتنتهي الوكالة، لأن محل التصرّف لم يبق.

٤ ـ قيام الوكيل بما وُكّل به:

من الواضح أنه إذا قام الوكيل بالتصرّف الذي أذن له الموكِّل فيه وفوّض إليه القيام به فقد انتهت الوكالة، كما لو وكّله ببيع داره فباعها، أو بشراء سلعة معيّنة فاشتراها، أو بتزويجها من فلان فقبل زواجها له من وليّها، وهكذا، لأن توكيله بعد ذلك يصبح غير ذي موضوع، ولا محل فيه للتصرّف.



البَابُ الحَادِي عَشر

الإِكْرَاه



الإكراه

حقيقته ومعناه:

في المصباح المنير: كَرُه الأمرُ والمنظرُ كراهةً فهو كريه، مثل قبُح قباحة فهو قبيح، وزناً ومعنىً. وكرهته أكرهه كرهاً ـ بضم الكاف وفتحها ـ ضد أحببته، فهو مكروه.

والكَره ـ بالفتح ـ المشقة، وبالضم: القهر، وقيل: بالفتح الإكراه، وبالضم المشقة.

وأكرهته على الأمر إكراهاً حملته عليه قهراً، يقال: فعلته كَرهاً ـ بالفتح ـ أي إكراهاً، وعليه قوله تعالى: ﴿ طوعاً أو كَرْهاً ﴾ (فصّلت: ١١) فقابل بين الضدّين.

والخلاصة: أن الإكراه في اللغة: حمل الغير على أمر يكرهه، أي إثبات الكره في نفس المكرَه، أي قيام معنى في نفسه ينافي المحبة والرضا، فالكره ضد لهما ويستعمل في مقابليهما، قال تعالى: ﴿ وعسى أن تَكْرَهُوا شيئاً وهو خيرٌ لكم وعسى أن تحِبُّوا شيئاً وهو شَرٌّ لكم ﴾ (البقرة: ٢١٦).

ويسمى الإغلاق، فكأن المكرَه أُغلق عليه باب ومنع من الخروج منه إلا بما أُكره عليه.

وفي الاصطلاح: هو الإلجاء إلى فعل الشيء قهراً.

وعرّفه الشافعي رحمه الله تعالى في «الأُم» بقوله: أن يصير الرجل في يدَيْ مَن لا يقدر على الامتناع منه.

ويحصل ذلك بالتخويف بمحذور كضرب وحبس وإتلاف مال. ويختلف ذلك باختلاف أحوال الناس:

- فالتهديد بالاستخفاف للوجيه بين الملأ، والحبس القصير له، إكراه بالنسبة إليه، وقد لا يكون إكراهاً بالنسبة لغيره.
- والتهديد بالضرب اليسير لمن كان من أهل المروءات والهيئات إكراه بالنسبة إليه، بينما قد لا يكون إكراهاً بالنسبة لغيره.
- والمعتبر بالتهديد بإتلاف المال التضييق على المكره في ماله، فما يعتبر تهديداً للفقير في ماله غير ما يعتبر في الغني.

هذا وما يكون إكراهاً في حق نفسه يكون إكراهاً إذا كان في حق غيره، من الناس الذين يهمّه أمرهم ويغتمّ لإلحاق الأذى بهم، كالأصول والفروع، والإخوة والأخوات ونحو هؤلاء، فلو هدِّد بقتل واحد منهم كان كالتهديد بقتل نفسه.

شروط تحقّق الإكراه:

حتى يتحقق الإكراه وتترتب عليه آثاره شرعاً فلا بد أن توجد فيه بعض الشروط وهي:

١ - أن يكون المكرِه قادراً على تنفيذ ما هدَّد به، وإلا كان هذياناً، لأن الضرورة الملجئة إلى فعل ما أُكره عليه لا تتحقق إلا عند قدرة المكرِه.

٢ - أن يغلب على ظن المستكرَه أن المكره سيحقّق ما أُوْعد به وهدّد، إذا لم يُجب إلى ما دُعي إليه ولم يقم بما طُلِب منه.

٣ - أن يعجز المستكرَه عن التخلص من المكرِه وما أكره عليه، بهرب أو مقاومة أو استغاثة، أو نحو ذلك.

٤ - أن يكون المستكرَه ممتنعاً عن فعل ما أُكره عليه قبل الإكراه لحقٍّ ما، أي لحق نفسه كإتلاف ماله، أو لحق شخص آخر كإتلاف مال غيره، أو لحق الشرع كشرب الخمر والزنا ونحو ذلك.

٥ - أن يكون المهدَّد به أشد خطراً على المستكرَه مما أُكره عليه، فلو هدد إنسان

بصفع وجهه إن لم يتلف ماله، وكان صفع الوجه بالنسبة إليه أقل خطراً من إتلاف المال، فلا يُعدّ هذا إكراهاً.

أما لو هدده بالقتل إن لم يقطع يده، فإن هذا إكراه، لأن القتل المهدد به أشد خطراً مما أُكره عليه وهو قطع اليد، فله أن يختار الأهون، وقد ثبت عن عائشة رضي الله عنها قالت: «ما خُيِّر رسول الله ﷺ بين أمرين أحدهما أيسر من الآخر إلا اختار أيسرهما». (البخاري في المناقب، باب: صفة النبي ﷺ. ومسلم في الفضائل، باب: مباعدته ﷺ للآثام واختياره من المباح أسهله).

٦ - أن يترتب على فعل المكرَه به الخلاص من المهدد به:

فلو قال إنسان لآخر: اقتل نفسك وإلا قتلتك، لا يُعدّ هذا إكراهاً، لأنه لا يترتب على قتل النفس الخلاص مما هدِّد به.

وكذلك لو هدِّد بقطع يده ما لم يقطعها بنفسه.

فلا يصحّ للمستكرَه أن يقدم على ما أُكره عليه لأنه لا يسمى مكرَهاً حقيقة، لأن المكرَه حقيقة هو مَن ينجو مما هدِّد به بالإقدام على ما طُلب منه. بل هو إذا قتل نفسه أو قطع يده كان الخطر متيقَّناً، لأنه يفعله بنفسه، ولو لم يُقدم على ذلك لم يكن متيقَّناً مما هدِّد به، فربما كان المكره يخوِّفه بما لا يحقّقه.

٧ - أن يكون المهدَّد به عاجلاً: فلو كان آجلاً لم يتحقق الإكراه، لأن التأجيل مظنة التخلّص مما هدِّد به بالاستغاثة والاحتماء بالسلطان، وما إلى ذلك.

٨ - أن لا يخالف المستكرَه المكره بفعل غير ما أُكره عليه، أو بالزيادة عليه أو النقصان، لأنه في هذه الأحوال الثلاثة يكون طائعاً فيما أتى به، فلا يكون مكرهاً.

فلو أكره إنسان شخصاً على طلاق امرأته، فباع داره، أو أكرهه على طلقة واحدة رجعية فطلّقها ثلاثاً، أو أكرهه على طلاق امرأته ثلاثاً، فطلّقها

واحدة، فهذه الصور الثلاثة نافذة، أي تترتب أحكامها على المكلّف كما لو فعلها باختياره، لأنها ليست من الإكراه في شيء.

٩ ـ أن يكون المكرَه عليه معيّناً، بأن يكون شيئاً واحداً، فلو أُكره إنسان على طلاق إحدى امرأتيه، أو على قتل زيد أو عمرو، فلا يعدّ هذا إكراهاً.

١٠ ـ ألّا يكون المكره عليه أو المخوف به مستحَقّاً عليه: كما لو هُدِّد المفلسُ المحجورُ عليه ببيع ماله، أو هدِّد المُولي[1] بالتطليق عليه، أو القاتلِ عمداً بالقصاص، فليس هذا بإكراه، لأن هذه الأمور المهدَّد بها مستحَقّة على المستكره.

١١ ـ ألّا يكون المهدَّد به حقاً للمكرِه، يتوصل به إلى ما ليس حقاً له ولا واجباً، كتهديد الزوج زوجته بطلاقها إن لم تُبرئه من دَيْنها، فلا يكون إكراهاً، فإذا أبرأته فقد سقط الدَّيْن من ذمته، وليس لها أن تطالبه بعد ذلك.

وقال بعضهم: يُعتبر إكراهاً، لأن الزوج سلطان زوجته، فيتحقق منه الإكراه. وعلى هذا القول: لو أبرأته لتتخلص من هذا التهديد لا تبرأ ذمته من الدَّيْن، وكان لها أن تطالبه به بعد ذلك.

---

(١) المُولي: هو الذي يحلف على زوجته أن لا يَقْرَبَها أربعة أشهر فأكثر، فإذا رفعت أمرها إلى القاضي أمهله حتى تنتهي أربعة أشهر، ثم يأمره أن يرجع عمّا حلف عليه أو أن يطلّق امرأته، فإن أبى أن يفعل واحدة منهما طلّق عليه القاضي طلقة واحدة. [راجع باب الإيلاء في الجزء الرابع من هذه السلسلة].

ما يقع عليه الإكراه من التصرفات وأثره فيها

التصرفات التي يمكن أن يقع الإكراه على فعلها أو تركها نوعان:

ـ **تصرفات حسيّة**: أي أُمور تُعرف بالحواس، قولية كانت أم فعلية، كالأكل والشرب، والقتل والإتلاف، والشتم والكفر.

ـ **تصرفات شرعية**: أي أُمور عرفت بالشرع، حيث أعطاها أسماءً خاصة، ورتب عليها أحكاماً معينة، كالبيع والنكاح والطلاق، وما إلى ذلك من عقود أو فسوخ.

أولاً: التصرفات الحسيّة وأثر الإكراه عليها:

يتعلق بالتصرفات الحسيّة نوعان من الأحكام: نوع يرجع إلى الآخرة من حيث المؤاخذة وعدمها، ونوع يرجع إلى الدنيا من حيث الضمان وترتّب العقوبة وعدم ذلك.

فما هو أثر الإكراه على هذه التصرفات في أحكامها الأُخروية أو الدنيوية؟

يختلف أثر الإكراه على التصرفات الحسيّة بحسب نوع التصرّف المكرَه عليه، فقد يصبح التصرّف مباحاً بعد أن كان حراماً ومحظوراً، وقد يرخّص به مع بقاء أصل المنع، وقد يبقى على حُرمته فلا يُباح ولا يرخَّص به. وإليك بيانَ هذه الأنواع الثلاثة وأحكامها:

النوع الأول: ما يُباح بالإكراه من التصرفات الحسيّة:

من هذا النوع أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر، ونحو ذلك من المحظورات.

فإذا أُكره المسلم على تعاطي شيء منها أُبيح له ذلك، لأن الله تعالى أباحها عند الاضطرار، فإنه سبحانه قال بعد تحريمها: ﴿ إلا ما اضْطُرِرْتم إليه ﴾ (الأنعام: ١١٩). والاستثناء من التحريم دليل الإباحة.

وقال جلّ وعلا: ﴿ فمَن اضْطُرّ غيرَ باغٍ ولا عادٍ فلا إثمَ عليه ﴾ (البقرة: ١٧٣). ونفي الإثم دليل الإباحة أيضاً.

والمستكرَه على تعاطيها مضطر، فيشمله الحكم.

فلو امتنع من تعاطيها حتى ناله الأذى كان مؤاخَذاً، لأنه بامتناعه يُلقي بنفسه إلى التهلكة، وقد نهى الله تعالى عن ذلك إذ قال: ﴿ ولا تُلْقوا بأيديكم إلى التهلكة ﴾ (البقرة: ١٩٥).

هذا من حيث المؤاخذة الأُخروية.

وأما من حيث الأحكام الدنيوية: فقد بحث الفقهاء في أثر الإكراه على شرب الخمر: هل يُحَدّ شاربه أَوْ لا؟ وما حكم تصرّفاته حال سكره؟ فقالوا: إن مَن أُكره على شرب الخمر لا يُقام عليه الحدّ، لأن الحدّ شُرع زجراً عن فعل هذه الجناية في المستقبل، والمستكره على شرب الخمر لم يكن فعله جناية، لأنه أُبيح له، بل صار واجباً عليه، طالما أنه يأثم إذا لم يفعله حتى وقع عليه ما هدِّد به.

وكذلك قالوا: لا تنفذ تصرفات مَن أُكره على الشرب حال سكره، لأن نفاذ تصرفات السكران تكون حال إثمه بسكره ـ أي عند شربه المُسكِر باختياره دون عذر ـ تغليظاً عليه وزجراً له عن فعله، ولا معنى لهذا التغليظ حال الإكراه على السُكْر، لأن الغرض منه غير متحقِّق، إذ لم يقدم المستكرَه على الفعل باختياره، وهو غير آثم به كما علمت.

والعمدة في هذا والذي سبقه: عموم قوله ﷺ: «إن الله وضع عن أُمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه». (أخرجه ابن ماجه في الطلاق، باب: طلاق المكرَه والناسي، وقد جاء الحديث من طرق عند غيره، مع اختلاف في بعض الألفاظ).

والمعنى: وضع عنهم حكم ذلك وما يترتب عليه، لا نفس هذه الأمور، لأنها واقعة.

وعليه: فما يترتب على الإكراه موضوع، أي غير معتبر، والحديث يشمل الحكم الدنيوي والحكم الأخروي.

النوع الثاني: ما يرخَّص فيه بالإكراه من التصرفات الحسيّة:

أ ـ قولُ أو فعلُ ما ظاهره الكفر:

كأن يُجْري ألفاظ الكفر على لسانه، أو يسبّ النبي ﷺ، أو يسجد لصنم، أو يعظّم ما يعظِّمه الكفّار تعظيم عبادة وتقديس، فمثل هذه الأقوال أو الأفعال يرخَّص له الإقدام عليها ـ وقلبه مطمئن بالإيمان ـ بسبب الإكراه.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿ مَنْ كفر بالله من بعد إيمانه إلا مَن أُكره وقلبُهُ مطمئنٌّ بالإيمان ولكن مَنْ شَرَح بالكفر صدراً فعليهم غضبٌ من الله ولهم عذاب عظيم ﴾ (النحل: ١٠٦).

وروى الحاكم عن محمد بن عمّار بن ياسر، عن أبيه رضي الله عنه قال: أخذ المشركون عمّار بن ياسر، فلم يتركوه حتى سبَّ النبي ﷺ وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه، فلما أتى رسول الله ﷺ قال: «ما وراءك؟». قال: شرٌّ يا رسول الله، ما تُركت حتى نلتُ منك وذكرتُ آلهتهم بخير. قال: «كيف تجد قلبك؟». قال: مطمئنٌّ بالإيمان. قال: «إن عادوا فعد». قال الحاكم: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه. (المستدرك: كتاب التفسير ـ تفسير سورة النحل ـ باب: حكاية أسارة عمار بن ياسر بيد الكفّار: ٢/٣٥٧).

وإنما رُخّص بذلك ولم يُبَحْ لأن الكفر لا يحتمل الإباحة بحال، فالحُرمة قائمة، إلا أن المؤاخذة سقطت بسبب الإكراه، فأَثَرُ الرخصة في تغيّر حكم الفعل ـ أي ما يترتب عليه من المؤاخذة وغيرها ـ لا في تغيّر وصفه وهو الحرمة.

ولما كانت الحرمة قائمة، وكان التصرّف في هذا مرخّصاً فيه وليس مباحاً، كان الامتناع عن ذلك أفضل.

وإن أدى امتناع المستكرَه عنها إلى قتله أُثيب ثواب المجاهد في سبيل الله تعالى، لأنه جاد بنفسه في سبيل إعلاء كلمة الله عزّ وجل، وإظهاراً لإعزاز دينه.

وقد دلّ على ذلك:

- ما روى البخاري عن خباب بن الأرتّ رضي الله عنه قال:

شكَوْنا إلى رسول الله ﷺ - وهو متوسِّدٌ بردة له في ظل الكعبة - قلنا له: ألا تستنصر لنا؟ ألا تدعو الله لنا؟ قال: «كان الرجل فيمن قبلكم يُحفر له في الأرض فيُجعل فيها، فيُجاء بالمنشار فيُوضع على رأسه فيشقّ باثنتين، وما يصدُّه ذلك عن دينه. ويمشَطُ بأمشاط الحديد ما دون لحمه من عظم أو عصب، وما يصدّه ذلك عن دينه. والله ليَتِمَّنَّ هذا الأمرُ حتى يسير الراكب من صنعاء إلى حضرموت لا يخاف إلا الله، أو الذئب على غنمه، ولكنكم تستعجلون». (أخرجه البخاري في المناقب، باب: علامات النبوّة، رقم: ٣٤١٦).

ووجه الاستدلال بالحديث: أنه ﷺ وصف الأُمم السالفة بالصبر على المكروه في ذات الله تعالى حتى أصابهم ما أصابهم، وأنهم لم يتظاهروا بالكفر ليدفعوا عن أنفسهم العذاب والقتل، وصفهم بذلك على سبيل المدح لهم وبيان فضيلتهم ومقامهم عند الله عزّ وجل، فدلّ ذلك على أن الصبر والاحتمال أفضل من التخلّص بالرخصة.

- وروي أن مسيلِمة الكذّاب أخذ اثنين من أصحاب رسول الله ﷺ، فقال لأحدهما: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله، قال: فما تقول فيَّ؟ قال: وأنت أيضاً، فخلّى سبيله. وقال للآخر: ما تقول في محمد؟ قال: رسول الله، قال: فما تقول فيّ؟ قال: أنا أصمّ، لا أسمع. فأعاد عليه ثلاث مرات، فأعاد جوابه، فقتله، فبلغ رسول الله ﷺ، فقال: «أما الأول فقد أخذ برخصة الله تعالى، وأما الثاني فقد صدع بالحق، فهنيئاً له»[1].

- وكذلك ما ثبت من قصة خبيب رضي الله عنه، وأنه حين أخذه الكفار وباعوه لأهل مكة، أخذوا يعذِّبونه ليذكر النبي ﷺ بالسوء فلم يفعل، فقتلوه. فبلغ

---

(١) انظر تفسير القرطبي: عند تفسير قوله تعالى: ﴿إلا مَن أُكره...﴾ المسألة الثامنة عشرة (١٠/١٨٩).

ذلك النبي ﷺ فلم ينكر صبره وعدم ترخّصه، بل روي أنه قال فيه: «هو سيد الشهداء، وهو رفيقي في الجنة»[1].

والذي سبق فيما يتعلق بأحكام الآخرة.

وأما ما يتعلق بأحكام الدنيا من أثر الإكراه على الكفر: فإن المستكرَه على ذلك لا يُحكم بكفره، ولا يُعامل معاملة المرتد. قال الشافعي رحمه الله تعالى في معرض الكلام عن قوله تعالى: ﴿ إلاّ مَن أُكره.. ﴾: وللكفر أحكام، كفِراق الزوجة، وأن يُقتل الكافر ويُغنم ماله، فلما وضع الله عنه[2] سقطت عنه أحكام الإكراه على القول كله، لأن الأعظم إذا سقط عن الناس سقط ما هو أصغر منه وما يكون حكمه بثبوته عليه[3].

الإكراه على الإسلام:

إذا أُكره إنسان على الإسلام فأسلم اعتُبر إسلامه صحيحاً، وعومل معاملة المسلمين، لأنه إكراه بحق، ولا سيما في المرتد والحربي، وإن احتمل الكفر في قلبه، ترجيحاً لجانب الإسلام، لأن في ذلك إعلاءً للدين الحق، وإعلاء الدين الحق واجب.

ب ـ إتلاف مال المسلم أو النَّيْل من عرضه:

فلو أُكره على إتلاف مال المسلم رُخص له بذلك، ولا يأثم بالإقدام عليه، لأن مال غيره يرخص له باستهلاكه حال الاضطرار إليه، لدفع الهلاك عند شدة الجوع ونحوه، فكذلك حال الإكراه لأنه نوع اضطرار.

وكذلك لو أُكره على شتم المسلم والطعن في عرضه وما إلى ذلك.

ولو امتنع المستكرَه على الإتلاف أو الطعن كان أفضل، وإذا أصابه أذى في سبيل ذلك أُثيب عليه، لأن حُرمة مال المسلم وعرضه ثابتة بقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه». (أخرجه مسلم في البرّ والصلة والآداب،

---

(1) انظر قصة أسره وقتله في البخاري: المغازي، باب: فضل مَن شهد بدراً.

(2) أي فلما أسقط الله تعالى الإثم عمّن أُكره على الكفر.

(3) [الأم: ٣/٢٠٩].

باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وماله وعرضه، رقم: ٢٥٦٤). فلا يجوز التعرّض لها على كل حال، إلا أنه رخص بذلك بسبب الإكراه، والرخصة ـ كما سبق وعلمنا ـ تؤثر في سقوط المؤاخذة لا رفع الحرمة، فإذا امتنع عن الرخصة كان ذلك إيثاراً لحفظ حق حُرمة أخيه المسلم على حق نفسه، فكان مأجوراً غير مأزور.

ويؤكد هذا قوله ﷺ: «مَن قتل دون ماله فهو شهيد»: أي مَن قاتل دفاعاً عن ماله فقُتل كان له أجر الشهيد. (أخرجه أبو داود في كتاب السنّة، باب: في قتال اللصوص، رقم: ٤٧٧١. والترمذي في أبواب الديات، باب: ما جاء فيمن قُتل دون ماله فهو شهيد، رقم: ١٤١٨).

وهذا يدل على أنه إذا أُكره على إتلاف مال نفسه فامتنع كان أفضل، وإذا كان الامتناع في حق مال نفسه أفضل، كان في حق مال غيره من باب أولى.

ومن حيث الحكم الدنيوي:

فقد قال الفقهاء: إذا أُكره إنسان على إتلاف مال غيره فأتلفه، كان لصاحب المال تضمين المكرِه أو المستكرَه، بمعنى أن له أن يطالب أيّهما شاء، لأن المكرِه تسبب بالإتلاف، والمستكره هو الذي باشره، والتسبّب بالفعل ومباشرته سواء. ولكن الضمان يستقر في النهاية على المكرِه، أي إذا ضمن المستكرَه رجع بما غرمه على المكره في الأصح.

النوع الثالث: ما لا يُباح ولا يرخّص فيه بالإكراه من التصرفات الحسيّة:

هناك تصرفات محظورة شرعاً، وحرمتها ثابتة بالعقل كما هي ثابتة بالشرع، ولذلك لا تُباح ولا يرخّص بها في حالٍ من الأحوال، من ذلك:

أ ـ قتل المسلم بغير حق:

لأن القتل حرام محض، ولا يُستباح للضرورة ولا يرخص فيه.

قال تعالى: ﴿ ولا تقتلوا النفس التي حرَّم اللهُ إلا بالحق ﴾ (الأنعام: ١٥١).

وقال ﷺ: «لا يحلّ دم امرءٍ مسلم، يشهد أن لا إلّه إلا الله وأني رسول الله، إلا بإحدى ثلاث: النفس بالنفس، والثيّب الزاني، والمفارق لدينه التارك

للجماعة». (أخرجه البخاري في الديات، باب: قوله تعالى: ﴿ وأنّ النفس بالنفس ﴾، رقم: ٦٤٨٤. ومسلم في القسامة، باب: ما يُباح به دم المسلم، رقم: ١٦٧٦).

[النفس بالنفس: أي القاتل عمداً وعدواناً يقتل. الثيِّب الزاني: المتزوج الذي ارتكب الفاحشة. المفارق لدينه: المرتد عن الإسلام. التارك للجماعة: الخارج على جماعة المسلمين وعامّتهم، والمخالف لمنهجهم وطريقتهم].

ومثل القتل من حيث الحرمة وعدم الترخص بالإكراه قطع عضو من أعضائه، أو الضرب المهلِك والذي يُلحق به أذىً شديداً، لأنه اعتداء، والاعتداء حرام.

قال تعالى: ﴿ والذين يُؤْذُون المؤمنين والمؤمنات بغيرِ ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً ﴾ (الأحزاب: ٥٨).

وعليه: فمَن أُكره على شيء مما سبق فأقدم عليه كان آثماً عند الله عزّ وجل باتفاق الفقهاء، سواء أكان الإكراه تاماً أم ناقصاً.

وأما من حيث الأحكام الدنيوية:

ـ فالأصح عند الفقهاء: أنه يُقتص من المكرِه والمستكرَه، لأن المستكره باشر القتل ووُجد منه حقيقة، والمكرِه متسبِّب بالقَتل وحامل عليه، والمتسبِّب كالمباشر، فيُقتص منهما، تغليظاً لأمر الدماء وزجراً عن الاعتداء.

ب ـ الزنــا:

فهو من المحرّمات التي لا تُباح ولا تُرخّص في حال من الأحوال، لاتفاق الشرائع والعقل على حرمتها، لفحشها ونكارتها.

قال تعالى: ﴿ ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشةً وساء سبيلاً ﴾ (الإسراء: ٣٢).

فإذا أُكره إنسان على الزنا لم يرخَّص له بالإقدام عليه، رجلاً كان أم امرأة، فإن أقدم عليه كان آثماً ومؤاخذاً عند الله عزّ وجل.

وأما من حيث إقامة الحدّ على المستكرَه على الزنا:

فقد قال الفقهاء: لا حدّ على المستكرَه على الزنا، رجلاً كان أم امرأة، لوجود الشبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، أي تُدفع وتُسقط إذا لابَسَتْها شبهة، والشبهة هنا قائمة بسبب الإكراه.

ثانياً: التصرفات الشرعية وأثر الإكراه فيها:

التصرفات الشرعية إما أن تكون إنشـاءً أو إقراراً.

والتصرفات الإنشائية نوعان:

نوع لا يحتمل الفسخ والردّ: كالطلاق، والنكاح، والرضاع، والرجعة، واليمين، والنذر، والظهار، والإيلاء، والفيء في الإيلاء، والعفو عن القصاص. فهي تصرفات لازمة تلزم بمجرد انعقادها، ولا تقبل فسخاً ولا ردّاً.

ونوع يحتمل الفسخ والردّ: كالبيع والشراء، والإجارة، والهبة، ونحو ذلك. فإنها تصرفات لا تلزم بمجرد انعقادها، فهي تقبل الفسخ أو الرد.

أثر الإكراه في التصرفات الإنشائية التي لا تحتمل الفسخ:

قال الفقهاء: إن الإكراه على إيقاع شيء من هذه التصرفات يفسدها ويجعلها غير معتبرة، فلا يترتب عليها شيء من آثارها المعتبرة شرعاً، فالإكراه يجعلها كأنها لم تكن، ولو وقعت من المستكرَه عليها.

واستدلوا على ذلك عموماً: بأن التلفّظ بالكفر حالة الإكراه لم يعتبره الشرع، ولم يرتب عليه أثراً من الآثار، وهو أشد من أيّ قول شرعاً، وإذا سقط حكم الأشد سقط حكم الأخف من باب أولى، فلا يترتب أثر على أيّ تصرّف قولي مع الإكراه.

ـ فلو أُكره على النكاح: فإن العقد لا يثبت، ولا يترتب عليه آثاره: من وجوب المهر، وحِلّ الاستمتاع وما إلى ذلك، لما ذكرناه.

ودلّ على هذا أيضاً: ما رواه البخاري عن خنساء بنت خذام الأنصارية رضي الله عنها: أن أباها زوّجها وهي ثيِّب، فكرهت ذلك، فأتت رسول الله ﷺ، فردّ نكاحها. (أخرجه البخاري في النكاح، باب: إذا زوّج الرجل ابنته وهي كارهة

فنكاحه مردود، رقم: ٤٨٤٥. وأخرجه النسائي أيضاً في النكاح، باب: الثيِّب يزوِّجها أبوها وهي كارهة: ٦/٨٦).

ويؤيده أيضاً: ما رواه النسائي عن عائشة رضي الله عنها: أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوّجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة. قالت: اجلسي حتى يأتي رسول الله ﷺ، فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها. (أخرجه النسائي في النكاح، باب: البكر يزوِّجها أبوها وهي كارهة: ٦/٨٦).

[ليرفع بي خسيسته: ليُزيل بسبب تزويجي منه دناءته].

ـ وكذلك لو أُكره على الطلاق، فإنه لا يقع طلاقه.

روى أبو داود عن عائشة رضي الله عنها قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا طلاقَ ولا عتاقَ في غَلاقٍ». وعند ابن ماجه والحاكم: (في إغلاق) وفُسِّر الإغلاق بالإكراه، لأن المكره كأنه أغلق عليه أمره وتصرفه. (أبو داود في الطلاق، باب: في الطلاق على غلط، رقم: ٢١٩٣. وابن ماجه في الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي، رقم: ٢٠٤٦. والحاكم في المستدرك: الطلاق، باب: لا طلاق ولا عتاق في الإغلاق: ٢/١٩٨).

وهكذا سائر هذه التصرفات لا تُعتبر مع الإكراه، ولا يترتب عليها أيّ أثر من آثارها الشرعية، للأدلة الخاصة والعامة، ومنها ما سبق من قوله ﷺ: «وما استُكرهوا عليه» الذي دلّ على رفع حكم الإكراه، ورفعه لا يكون إلا بانعدام ما يتعلق بالتصرّف المكرَه عليه من أحكام.

ويُستثنى مما سبق: ما لو أُكرهت المرأة على الرضاع، أو أُكره الرجل على الوطء، فإنه لا أثر للإكراه هنا، بل يترتب على ذلك ما يتعلق به من أحكام شرعية: فتثبت بالرضاع الحُرمة إذا وُجدت شروطها، كما يترتب على الوطء كامل المهر بعد العقد وغير ذلك من أحكام.

أثر الإكراه في التصرفات الإنشائية التي تحتمل الفسخ:

قال الفقهاء: إذا وقع الإكراه على شيء من هذه التصرفات أبطلها، فلا

يترتب عليها شيء من آثارها المعتبرة شرعاً، لأن شرط صحة هذه التصرفات الرضا، وهو معدوم حالة الإكراه، فلم تصحّ ولم تُعتبر شرعاً، لعدم تحقّق شرطها.
قال في [مغني المحتاج]: فلا يصحّ عقد مكرَه في ماله بغير حق، لقوله تعالى: ﴿ إلا أن تكونَ تجارةً عن تراضٍ منكم ﴾ (النساء: ٢٩).

والعقد المالي يشمل البيع والإجارة والهبة والحوالة والوكالة، وغير ذلك من العقود التي لها علاقة بالمال.

أثر الإكراه على الإقرارات من التصرفات الشرعية:

اتفق الفقهاء على أن الإكراه على الإقرار يُلغيه، ولا يرتب عليه أي أثر، سواء أكان المقَرّ به:

- تصرفاً حسيّاً، كمَن أُكره ليقرّ بالزنا، أو شرب الخمر، أو القتل، أو غير ذلك.
- أو كان تصرفاً إنشائياً لا يحتمل الفسخ، كالنكاح والطلاق ونحوهما.
- أو كان تصرفاً إنشائياً يحتمل الفسخ، كالبيع والإجارة ونحوهما.

والعمدة في هذا:

١ ـ أن الإقرار بالكفر لم يُعتبر حال الإكراه، ولم يترتّب عليه أيّ أثر، فمن باب أولى أن لا يُعتبر الإقرار بغيره ولا يترتب عليه أثر ما.

٢ ـ عموم قوله ﷺ: «وما استُكرهوا عليه» فإنه يدل على رفع حكم كل تصرف أُكره عليه، والإقرار تصرّف من التصرفات، فالإكراه عليه يرفع حكمه، فلا يترتب عليه أيّ أثر من آثاره.

٣ ـ الإقرار خبر يحتمل الصدق والكذب، ورُجِّح جانب الصدق حالةَ الاختيار وصحّ الإقرار، لأن الإنسان لا يُتّهم بالكذب على نفسه.
وحالةَ الإكراه يترجح جانب الكذب بسبب التهديد القائم، فلا يصحّ الإقرار.

٤ ـ الإقرار من باب الشهادة، قال تعالى: ﴿ يأيّها الذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ﴾ (النساء: ١٣٥). والشهادة على النفس ليست إلا إقراراً، فكان الإقرار في حكم الشهادة، والشهادة تردّ بالتهمة ولا تصح، والمقرّ حالة الإكراه متّهم في شهادته على نفسه، فلا يقبل إقراره.

أثر الإكراه على التصرفات المخيَّر فيها:

ما سبق من كلام عن أثر الإكراه في التصرفات إنما هو حال كون المكرَه عليه أمراً واحداً معيناً.

فإذا كان الإكراه على أمر غير معيَّن، كأن يكرهه على شرب الخمر أو إتلاف المال، أو يكرهه على الطلاق أو الإيلاء، أو يكرهه على البيع أو الإجارة، ثم يقدم المستكره على أحد الأمرين، ويوقعه، فما هو أثر الإكراه على هذا التصرّف؟

والجواب: أنك قد علمت أن من شروط تحقّق الإكراه أن يكون المكره عليه معيناً، فإذا كان مخيَّراً فيه لم يتحقق الإكراه، وبالتالي لا أثر للإكراه على التصرف المخيَّر فيه، أي على أحد أمرين دون تعيين، فإذا أقدم المستكرَه على تصرّفٍ ما في هذه الحالة كان تصرفه صحيحاً، وترتبت عليه آثاره المعتبرة شرعاً كما لو فعله مختاراً، لأن إقدامه عليه مع التخيير بينه وبين غيره قرينة على أنه فعله مختاراً غير مستكره.

ويستوي في هذا ما إذا كان الأمران من التصرفات الحسيّة أو الشرعية أو غيرها.



الباب الثاني عشر

الغصب



الغَـــصَب

تعريفه:

الغصب ـ في اللغة ـ أخذ الشيء ظلماً.

وشرعاً: هو الاستيلاء على حق غيره عُدْواناً.

والمراد بحق غيره: ما كان عيناً كدار ونحوها، أو منفعة كسكنى الدار بغير رضاه، أو اختصاصاً ككلب صيد ونحوه، وكحق الشرب ونحوه.

وقولنا: (عدواناً) أي على جهة التعدّي والظلم، أي بغير رضاً من صاحب الحق، بل قهراً عنه.

فلو أكل طعام غيره بغير إباحة منه ولا عقد فهو غصب.

ولو سكن دار غيره بغير رضاه، فهو غاصب، ولو أعطاه أُجرة.

ولو جلس على فراشه بغير إذن منه فهو غاصب أيضاً، وهكذا.

وهنا ننبّه إلى ما يفعله الكثير من الناس في هذا الزمن من سكنى دور غيرهم، أو استخدام حوانيتهم، بأُجور لا يرضَوْن بها، فإن هؤلاء غاصبون، وتنطبق عليهم جميع أحكام الغصب الدنيوية والأُخروية، وإن كانوا يظنون أنهم يحسنون صنعاً حين يدّعون أنهم مستأجرون وأنهم يدفعون أُجوراً حسب الاتفاق القديم، فلا تنطبق عليهم أحكام الإجارة، لأنهم في الحقيقة غاصبون وليسوا بمستأجرين.

تحـــريمه:

الغصب حرام شرعاً، وهو من الكبائر، لما ورد من زجر عن التعدِّي على الأموال، ووعيد على أخذها بغير حق. ومن ذلك آيات في القرآن وأحاديث من السنّة.

أما آيات القرآن:

- فمنها قوله تعالى: ﴿ ولا تأكلوا أموالَكم بينكم بالباطلِ وتُدْلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموالِ الناسِ بالإثم وأنتم تعلمون ﴾ (البقرة: ١٨٨).
- ومنها قوله تعالى: ﴿ إنَّ الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيَصْلَوْن سعيراً ﴾ (النساء: ١٠).

وأما الأحاديث:

- فمنها قوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم بينكم حرام..». (أخرجه البخاري في العلم، باب: قول النبي ﷺ: رُبَّ مبلِّغ أوعى من سامع، رقم: ٦٧. ومسلم: القسامة، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، رقم: ١٦٧٩).
- ومنها قوله ﷺ: «لا يحلّ مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه». (أخرجه الدارقطني في البيوع، الحديث: ٩١، ج ٣ صفحة ٢٦).
- ومنها قوله ﷺ: «مَن أخذ شبراً من الأرض ظلماً فإنه يُطَوَّقُه يوم القيامة من سبع أرضين». (البخاري: بدء الخلق، باب: ما جاء في سبع أرضين، رقم: ٣٠٢٦. ومسلم: المساقاة، باب: تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها، رقم: ١٦١٠).

وقد أجمع المسلمون على تحريم الغصب ـ بكل أشكاله وألوانه ـ في كل العصور، من لدن أصحاب رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا.

أحكـام الغصب

يترتب على الغصب حكم أُخروي وحكم دنيوي:

أما الحكم الأُخروي: فهو الإثم واستحقاق المؤاخذة والعقاب في الآخرة، إذا تعدى على حقوق غيره عالماً متعمداً، لأن ذلك معصية كبيرة كما علمت، وفعل المعصية عالماً متعمداً يستوجب العقاب والمؤاخذة عند الله عزّ وجل إذا لم يتب منها قبل فوات أوان التوبة.

وأما الحكم الدنيوي: فإنه يتناول ما يلي:

١ ـ تأديب الحاكم للغاصب:

وتعزيره بما يراه رادعاً له ولغيره عن مثل هذه المعصية، بالضرب أو السجن ونحو ذلك، حتى ولو عفا المغصوب منه عن الغاصب. لأن ذلك حق لله تعالى، وحسم للشرّ، وإغلاق لباب الظلم والاعتداء.

٢ ـ الكفّ عن الغصب فوراً:

وذلك بردّ المغصوب ـ إن كان عيناً ـ ما دام قائماً، لأن الغصب معصية كما علمنا، والخروج عن المعصية واجب فوري قدر الإمكان.

ودليل ذلك: قوله ﷺ: «لا يأخذنّ أحدكم متاع أخيه جادّاً ولا لاعباً، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردّها عليه». (أخرجه الترمذي في الفتن، باب: ما جاء لا يحلّ لمسلم أن يروِّع مسلماً، رقم: ٢١٦١. وأبو داود في الأدب: باب: مَن يأخذ الشيء على المزاح، رقم: ٥٠٠٣).

وترد العين المغصوبة إلى مكان غصبها، وكلفة الرد ونفقته إنما تكون على الغاصب، لأن الردّ واجب عليه، وإذا كان لا يتم إلا بالنفقة كانت النفقة واجبة، إذ ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، كما هو معلوم.

وإنما يحصل الردّ في العين المغصوبة بوضعها بين يَدَيْ مَن غُصبت منه، بحيث يتمكن من أخذها وإثبات يده عليها. ويخرج عن الغصب في الحقوق الأخرى بتمكين صاحب الحق مما غصب منه، وإزالة الموانع من إثبات يده عليه والاستفادة منه.

وإذا حصل الرد للمغصوب خرج الغاصب من حكم الغصب وبرىء من الضمان.

٣ ـ ضمان المغصوب إذا تلف في يد الغاصب:

إذا تلف المغصوب في يد الغاصب ضمنه، سواء أتلفه هو أم تلف بنفسه أو بآفة سماوية أو غير ذلك، لأنه متعدٍّ في إثبات يده عليه، ورسول الله ﷺ يقول: «على اليد ما أخذت حتى تؤدِّيه»[1]. وهذا صريح في أنه مسؤول عن أداء ما أثبت يده عليه وردّه، فإذا عجز عن ردّه لهلاكه كان ضامناً له، وعليه أن يردّ بدله من مثل أو قيمة.

كيفية ضمان المغصوب:

إذا تلف المغصوب في يد الغاصب كان عليه أن يرد بدلاً عنه ما هو أقرب إليه وأشبه به:

فإن كان مثلياً وجب عليه ردّ المثل، لقوله تعالى: ﴿ وإن عاقبْتُم فعاقبوا بمثلِ ما عوقبتم به ﴾ (النحل: ١٢٦) أي بمثل ما وقع عليكم من الفعل الذي يستحق العقاب.

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم: ١٢٦٥. وأبو داود في البيوع والإجارات، باب: في تضمين العارية، رقم: ٣٥٦١. وابن ماجه في الصدقات، باب: العارية، رقم: ٢٤٠٠، واللفظ لابن ماجه.

والمثلي من الأعيان: هو ما يوجد له في الأسواق مثيل لا يتفاوت عنه تفاوتاً يُلتفت إليه. والمثليات في هذه الأزمان كثيرة، لا سيما المصنوعات، لأنها تُصنع بآلة واحدة. ومن المثليات ما يُباع كيلاً كالزيت ونحوه، أو وزناً كالسكر ونحوه، وكذلك العدديات المتقاربة كالبيض والجوز، والذرعيات، وهي ما يباع بالذرع بالمقاييس المتعارفة كالثياب ونحوها، إذا كانت من نوع واحد.

فإذا كان المغصوب قيمياً، وهو ما لا مثيل له على النحو السابق، أو كان مثلياً ولكن تعذّر ردّ المثل، وجب ردّ القيمة بدلاً عن المغصوب نفسه، الذي وجب ردّه بذاته ما دام قائماً، دفعاً للضرر ما أمكن عن المغصوب منه.

ومن الأشياء القيمية الحيوانات، فكل واحد منها من نوعه يختلف عن الآخر في قيمته، لاختلاف الصفات المميزة له عن غيره.

وكذلك السيارات والدور وغيرها من الأمتعة التي تختلف قيمتها باختلاف مزاياها وصفاتها.

وإنما يتعذّر ردّ المثل في المثليات: إذا انقطع المثل من الأسواق، فلم يوجد بعد البحث عنه والسعي لتحصيله. أو وجد بثمن يزيد زيادة فاحشة عن مثله عادة، فلا يكلّف شراءه في هذه الحالة، وإنما يتوجب عليه ردّ القيمة.

القيمة الواجب ردّها:

إذا حكِم على الغاصب بقيمة المغصوب، لكونه قيمياً أو لتعذّر المثل، فما هي القيمة المقدّرة؟ والجواب:

- **إذا كان المغصوب مثلياً**: وجب ردّ أقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم تعذّر وجوده، إن كان موجوداً وقت التلف. فإن كان مفقوداً يوم التلف وجب ردّ أقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف.
- **وإن كان قيمياً**: وجب ردّ أقصى قيمة له من وقت الغصب إلى وقت التلف. فلو كان عند الغصب قيمته ألفاً، ونزل سعره بعد ذلك، وجب الألف.

ولو كان عند الغصب خمسمائة، وارتفع في يوم من الأيام إلى ألف، ثم نزل إلى سبعمائة، وجب الألف أيضاً، وهكذا.

وإنما وجبت القيمة بأقصى ما بلغت إليه: لأنه كان غاصباً له في الوقت الذي زادت فيه قيمته، فلزمه ضمان قيمته في ذلك الوقت الذي غصبه فيه.

ما يترتب على ضمان المغصوب:

إذا ضمن الغاصب العين المغصوبة لمالكها، ودفع له البدل، ترتب على ذلك:

أ - أن المغصوب منه يملك البدل الذي دفع له، فتصحّ جميع تصرفاته فيه من بيع وهبة وإجارة ونحو ذلك.

ب - لا يملك الغاصب العين المغصوبة بضمانها، فلو ظن هلاك العين المغصوبة - كما لو ضاعت أو سرقت - ضمنها الغاصب ووجب عليه ردّ بدلها للمغصوب منه، لأنه حيلَ بينه وبين مِلْكه، فاستحق بدله. فإذا وُجد بعد ذلك وعاد إلى يد الغاصب فإنه لا يملكه بضمانه، بل عليه ردّه إلى المغصوب منه، لأن الأصل أن الواجب ردّ عين المغصوب، فحين تعذّر ذلك عُدل إلى البدل، وحيث تمكّن من ردّ الأصل لا يعدل عنه، فيجب ردّه، وبهذا يتبين أنه لم يملكه.

فإذا ردّ العين المغصوبة إلى المغصوب منه وجب عليه ردّ البدل الذي أخذه على الغاصب، فإن كان قد زاد زيادة متصلة - كالسِّمَن مثلاً - رُدّت مع البدل ضرورة، وإن كانت الزيادة منفصلة - كالولد أو أُجرة الدار - لم يردّها مع البدل، لأنها حدثت على ملكه.

٤ - تصرفات الغاصب بالعين المغصوبة:

إذا تصرّف الغاصب بالعين المغصوبة - بيعاً أو هبة أو إجارة أو إعارة أو وديعة ونحو ذلك - كان تصرفه باطلاً، لا يترتب عليه أيّ أثر شرعي له، وسرى حكم الغصب على مَن انتقلت العين إلى يده فكان ضامناً للعين المغصوبة كما لو كانت في يد الغاصب، لأن كلاً من هؤلاء قد وضع يده على مِلْك غيره بغير إذنه، ولو كان يجهل أنها مغصوبة، لأن الجهل يُسقط الإثم ولا يسقط الضمان، كما لو أتلف مال غيره بغير قصد أو علم، فإنه يضمن وإن كان لا يأثم.

وعليه: إذا تلف المغصوب كان للمغصوب منه أن يطالب مَن شاء من

الغاصب ومَن انتقلت إليه العين بالضمان، فإذا طالب غير الغاصب وغرمه رجع على الغاصب بما غرم، إن كان لا يعلم الغصب وكانت يده في تصرفه يد أمانة كالمودَع والمستأجر، أما إن كانت يده في الأصل يد ضمان، كالمستعير والمشتري والمقترض ونحوهم، فلا يرجعون، لأنهم تعاملوا مع الغاصب على أنهم ضامنون، فلا تغرير من الغاصب بهم. وإن كان على علم بالغصب فليس له أن يرجع عليه، لأنه لم يغرر به، وهو يعلم أنه غاصب.

٥ ـ تغيّر العين المغصوبة:

إذا تغيرت العين المغصوبة في يد الغاصب يُنظر:

ـ **فإن كان تغيّرها بنفسها** ـ كما لو غصب بيضاً فصار فرخاً، أو غصب زرعاً فصار حبّاً ـ فللمغصوب منه الرجوع به، لأنه عين ماله، وإن نقصت قيمته بالتغيّر كان له أن يطالب الغاصب بقيمة هذا النقص، لأنه حدث في يده، وإن زادت القيمة فليس للغاصب شيء، لأن الزيادة نماء الأصل وتبع له، فهي ملْك لمالك الأصل.

ـ **وإن كان التغيّر بوصف العين المغصوبة** بسبب عمل عمله الغاصب فيها يُنظر:

فإن كان التغيّر بالعمل وحده، دون إدخال عين أُخرى على المغصوب ـ كما لو كان ثوباً فقصّره، أو غزلاً فنسجه، أو خشباً فصنعه باباً ـ ردّه أيضاً على المالك لأنه عين ملكه، وليس للغاصب شيء بدل عمله وإن زادت قيمته، لأنه عمل بدون إذن، فهو متبرع بعمله، فلا يستحق بدلاً عنه.

ـ **وإن كان التغيّر بإضافة عين له** ـ كما لو كان ثوباً فصبغه، أو داراً فطلاها أو طيّنها ـ ينظر:

ـ فإن لم تزد قيمة المغصوب مع التغيير استردّه المغصوب منه وليس للغاصب شيء، لأن قيمة ما أضافه استهلكت بفعله.

ـ وإن نقصت قيمته مع التغيير عمّا كانت عليه قبله: وجب على الغاصب ضمان ما نقص، لأن النقص حصل بفعله.

ـ وإن زادت القيمة بعد التغيير يُنظر:

فإن صارت القيمة تساوي قيمة المغصوب وقيمة العين المضافة: اشتركا في ثمنه بنسبة ما لكل واحد منهما، فلو كانت قيمة المغصوب مائة، وقيمة المضاف إليه خمسين، كان ثمنه بينهما أثلاثاً. وإن كانت قيمة كل منهما مائة كان الثمن بينهما نصفين، وهكذا.

وإن لم تساوِ القيمة قيمة المغصوب والعين المضافة، كما لو صارت القيمة مائة وخمسين، وكانت قيمة المغصوب مائة وقيمة المضاف مائة، كان للمغصوب منه قيمة ملكه ـ وهو مائة مثلاً ـ وللغاصب خمسون، وهو فرق زيادة القيمة بفعله وما أضافه.

وإن زادت القيمة عن قيمة المغصوب والمضاف إليه ـ كما لو صارت القيمة ثلاثمائة في المثال السابق ـ كان لكلٍّ منهما من الزيادة ـ بالإضافة إلى قيمة عينه ـ بنسبة ملْكه. فإذا كان ملْك كلٍّ منهما مائة كانت الزيادة مناصفة بينهما، وإن كانت قيمة ملْك أحدهما ضعف قيمة ملْك الآخر مثلاً، كانت الزيادة بينهما أثلاثاً، وهكذا.

وإن كان التغيّر في ذات المغصوب واسمه بفعل ـ كما لو كان حنطة فطحنها، أو شاة فذبحها ـ لم ينقطع ملْك المالك عنه، وكان له استرداده، فإن نقصت قيمته بذلك كان له أن يطالب بأرش النقص، لأنه نقصان في عين المغصوب حصل في يد الغاصب وفعله، فوجب ضمانه.

ولو طالب المغصوب منه ببدله لم يكن له ذلك، لأن عين ماله باقية، فلا يملك المطالبة ببدلها.

٦ ـ نقص المغصوب:

النقص في المغصوب قد يكون نقصاً جسيّاً، وقد يكون معنوياً:

فالنقص الحسيّ: إن كان له بدل مقدّر يضمن به، كنقص جزء من العين، فإنه مضمون على الغاصب حتى ولو لم تنقص قيمة العين، كما لو غصب أشياء مثلية فتلف بعضها، وكانت قيمة ما بقي تساوي قيمة الجميع، أو غصب شاة فذهبت عينها، ولم تنقص قيمتها بذلك. فعليه ردّ مثل ما تلف أو قيمة ما نقص.

وإن لم يكن للنقص الحسيّ بدل مقدّر يضمن به، ولا يضمن إلا بنقص القيمة، كما لو كانت الشاة سمينة فهزلت، فإن نقصت قيمتها ضمن ذلك النقص، وإن لم تنقص قيمتها لم يلزمه شيء.

والنقص المعنوي: أن تنقص القيمة دون أن تنقص العين، وذلك بسبب انخفاض الأسعار، فإن الغاصب لا يضمن هذا النقص إذا ردّ العين المغصوبة كما غصبها، لبقاء المغصوب على حاله، والذي فات هو رغبات الناس. أما لو تلفت أو تلف جزء منها: فإنه يضمن قيمتها أو قيمة ما تلف منها بأرفع ما وصلت إليه القيمة كما علمت.

٧ ـ زوائد المغصوب:

إذا زادت العين المغصوبة في يد الغاصب كانت تلك الزيادة ملكاً للمغصوب منه، لأنها نماء ملكه، ودخلت تلك الزيادة في حكم الغصب كالأصل، وكانت مضمونة على الغاصب كأصلها، لأنها تبع له، والتابع في الوجود تابع في الحكم.

ولا فرق في ذلك بين أن تكون الزيادة متصلة كالسِّمَن، أو منفصلة كالثمرة للشجر والولد للحيوان.

فإذا تلفت الزيادة المنفصلة في يد الغاصب ضمنها كما يضمن أصلها لو تلف، وكذلك لو هزلت الدابة بعدما سمنت عنده ضمن الفرق بين قيمتها سمينة وقيمتها هزيلة.

٨ ـ منافع المغصوب:

إذا كان للعين المغصوبة منفعة، كسكنى الدار وركوب الدابة أو السيارة ونحو ذلك، فإنها تدخل في ضمان الغاصب، سواء استوفاها بنفسه أم بغيره أم لم يستوفها، فيلزمه أُجرة المثل أقصى ما كانت، من حين الغصب إلى حين ردّ العين المغصوبة أو تلفها في يده، إذا كانت المدة مما يقابل بأُجرة عادة. وذلك لأن المنافع أموال، وقد عطلها على مالكها بغصبه لأصلها، فهو غاصب لها أيضاً، فيلزمه ردّ بدلها وهو أُجرة المثل، ويلزمه أقصى أُجرة لها لأنه معتدٍ وغاصب، وقد فوّتها على المالك حين ارتفع أجْرها وهو غاصب لها.

وهذه الأُجرة التي تلزمه هي بدل المنافع، فإذا تلفت العين في يده لزمه ضمانها أيضاً.

٩ ـ البناء على الأرض المغصوبة وغرسها أو زرعها:

إذا غصب أرضاً وبنى عليها بناءً أو غرس فيها أشجاراً كلِّف بنقض البناء وقلع الغراس، وتسوية الأرض كما كانت، ووجب عليه أرش نقص قيمة الأرض إن نقصت بذلك، وأُجرة مثل الأرض إن مضت مدة لمثلها أُجرة، لأنه متعدٍّ في ذلك كله، ورسول الله ﷺ يقول: «ليس لعرق ظالم حق». (انظر تخريجه صفحة: ٥١).

ولو أراد المالك تملك البناء أو الغراس بقيمته لم يُلزم الغاصب بذلك، لأن البناء والغراس ملْكه، فلا يتملك منه بغير رضاه، فإن توافقا على ذلك صحّ.

ولو كان البناء والغراس مغصوبين أيضاً من صاحب الأرض، ورضي المالك ببقائهما، لم يكن للغاصب هدم البناء أو قلع الغراس، ولا شيء له على عمله لأنه لم يؤذن له به، ولا شيء عليه أن لم تنقص قيمة الجميع بفعله، وإلا لزمه النقص.

وإذا زرع الغاصب الأرض كان للمالك أن يجبره على إخراج البذر وتسوية الأرض، ويلزمه أرش النقص وأُجرة المثل.

وإذا رضي المالك بإبقاء البذر في الأرض بقيمته امتنع على الغاصب إخراجه، لأنه لا ينتفع به في الغالب.

١٠ ـ خلط المغصوب بغيره:

إذا اختلط المغصوب بغيره أو خلط: فإن أمكن تمييزه وجب ذلك على الغاصب وإن شقّ عليه، وإن لم يمكن تمييزه فقد تعذّر ردّه أبداً، فأشبه التالف، فللمالك تغريمه بدله من مثل أو قيمة على النحو الذي علمت.

وللغاصب أن يعطيه من المخلوط، إن خلطه بجنسه وكان المخلوط به مثله أو أجود منه، فإن خلطه بأقل منه فليس له ذلك إلا إن رضي المالك به.

١١ ـ ردّ المغصوب وإن تضرر الغاصب:

علمنا أن الواجب على الغاصب ردّ العين المغصوبة فوراً، وأنه لا يبرأ من الإثم وعُهدة الضمان إلا بالرد، فلو كان يترتب على ردّه العين المغصوبة ضرر بالغ

به كلِّف بذلك، ولا يلتفت إلى ما يناله من ضرر، لأنه ظالم ومتعدٍّ بغصبه.

فلو غصب خشبة، فوضعت في بناء أو سفينة، وجب نزعها وردّها، وإن تهدم البناء أو غرقت السفينة، ويلزم الغاصب أرش النقص للمغصوب منه ولصاحب البناء أو السفينة، إن كان غير الغاصب ويجهل الغصب، كما يلزمه أُجرة المثل إن كان لمثلها أُجرة.

فإن كان يترتب على ردّه هلاك آدمي معصوم الدم، أو حيوان محترم أي غير مأمور بقتله شرعاً ويجوز تملكه أو حيازته، أو إتلاف مال مسلم أو ذميّ، فإنه لا يجب ردّه، فيعدل إلى تضمين البدل من مثل أو قيمة.

١٢ ـ اختلاف الغاصب والمغصوب منه:

قد يقع اختلاف بين الغاصب والمغصوب منه في أُمور، هي:

أ ـ **تلف المغصوب وبقاؤه**: كأن يدّعي الغاصب أن العين المغصوبة قد تلفت فعليه بدلها، ويدّعي المغصوب منه أنها لا تزال قائمة عنده فعليه ردّها.

فالصحيح أنه يصدق الغاصب بيمينه، لاحتمال صدقه وعجزه عن إقامة البيِّنة على دعواه ـ إذ الغالب عدم البيِّنة على التلف ـ فإذا لم يصدّق أدّى ذلك إلى تخليده في الحبس.

فإذا حلف غرم للمالك بدل المغصوب من مثل أو قيمة على الأصح، لعجز المالك عن الوصول إلى عين ماله بيمين الغاصب.

ب ـ **قيمة المغصوب**: وذلك يعني أنهما اتفقا على تلفه، ولكنهما اختلفا في قيمته، فقال المالك: قيمته ألف، وقال الغاصب: قيمته ثمانمائة، صدق الغاصب بيمينه، لأن المالك يدّعي عليه الزيادة عمّا اتفقا عليه ـ فقد اتفقا في قولهما في المثال المذكور على الثمانمائة واختلفا في الزيادة، فالمالك يدّعيها والغاصب ينكرها ـ والأصل براءة ذمته منها، فيكون القول المصدَّق قوله بيمينه.

فإذا أقام المالك بيِّنة على أن القيمة أكثر مما قاله الغاصب سمعت بيِّنته، وكلّف الغاصب الزيادة عمّا ادّعاه هو إلى حدٍّ لا تقطع البيِّنة بالزيادة

عليه، بأن تجوز الزيادة عليه وعدمها، كأن تفيد البيِّنة أن قيمته ـ مثلاً ـ ألف أو تسعمائة، مع احتمال أن تكون أكثر أو أقل.

جـ ـ **صفة المغصوب أو قدره**: كأن يدّعي المغصوب منه أن الدار المغصوبة كانت مطليّة مثلاً، ويدّعي الغاصب أنها لم تكن كذلك، أو يدّعي المالك أنه غصبه عشرين رطلاً قمحاً، ويقول الغاصب: بل عشرة أرطال. ونحو ذلك من الاختلاف في القدر أو الصفة التي هي صفة زيادة.

فالمصدّق هو الغاصب بيمينه في ذلك، لأنه هو الذي سيغرم، والأصل براءة ذمته، وهو منكر لشغلها، فالقول قوله بيمينه.

وإن اختلفا في عيبٍ حادث: وهو الاختلاف في صفة نقص، كأن ادّعى المالك أن المغصوب كان سليماً من العيوب، وادّعى الغاصب أنه كان معيباً:

فإن كانت العين تالفة صدّق المالك بيمينه على الصحيح، لأن الأصل والغالب السلامة من العيوب، والقول قول مَن يتمسك بالأصل.

وإن كانت العين باقية، وردّها الغاصب معيبة كما ادّعى، صُدِّق الغاصب بيمينه، لأن الأصل براءة ذمته من ضمان ما يزيد على تلك الصفة القائمة.

د ـ **ردّ العين المغصوبة**: فلو ادّعى الغاصب أنه ردّ العين المغصوبة على المغصوب منه، وأنكر المغصوب منه ذلك، فالقول قول المالك بيمينه، فيصدَّق أنه ما ردّ عليه المغصوب، لأن العين المغصوبة كانت في يده، والأصل عدم الردّ، فيصدَّق مَن يتمسك به وهو المغصوب منه، فإما أن يردّه الغاصب عليه، وإما أن يضمن له بدله.

تم الجزء السابع من كتاب الفقه المنهجي بعون الله تعالى وتوفيقه، ويليه ـ إن شاء الله تعالى ـ الجزء الثامن في الجنايات والجهاد والقضاء وما يتعلق بها، والله تعالى ولي التوفيق.

الفهرس

الباب التاسع: الكفالة والضمان

الباب العاشر: الوكالة

الباب الحادي عشر: الإكراه

الباب الثاني عشر : الغصب